Н. В. КРЫЛЕНКО

СУД И ПРАВО В СССР

ЧАСТЬ ВТОРАЯ

ОСНОВЫ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА СОЮЗА ССР И СОЮЗНЫХ РЕСПУБЛИК



ГОСУДАРСТВЕННОЕ ИЗДАТЕЛЬСТВО
1 9 2 8

Н. В. КРЫЛЕНКО

СУД И ПРАВО В СССР

ЧАСТЬ ВТОРАЯ

ОСНОВЫ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА СОЮЗА ССР И СОЮЗНЫХ РЕСПУБЛИК



ГОСУДАРСТВЕННОЕ ИЗДАТЕЛЬСТВО
1928

ОТПЕЧАТАНО
в 1-й Образцовой типографии
Госиздата, Москва, Пятницкая, 71.
Главлит № 99768. Гиз № 23570.
Тираж 3000 экз. Заказ № 4680.

ВВЕДЕНИЕ.

Исторически «Основы уголовного судопроизводства» возникли одновременно с «Основами судоустройства» и «Основами уголовного права Союза» и были приняты сессией ЦИК Союза в октябре 1924 г. В отличие от «Основ судоустройства» и от «Основ уголовного материального права» «Основы судопроизводства» не вызвали, однако, при своем прохождении в отдельных законодательных инстанциях ни особо жарких прений, ни особо острых разногласий; возникавшие споры по поводу тех или других судопроизводственных норм вращались главным образом вокруг норм, ограничивавших или, наоборот, расширявших в той или иной степени компетенцию Союза или союзных республик в области законодательного творчества. Таков был общий угол зрения, исходя из которого оценивалась прежде всего каждая статья этих первых крупных памятников законодательного творчества Союза. Той же участи не избежали и «Основы судопроизводства».

С этой точки зрения особое внимание вызвали ст. ст. 1 и 2 «Основ судопроизводства». Что касается статей, определяющих непосредственную технику процесса, то, поскольку эти статьи не могли задевать указанных областей, они проходили без специального глубокого обсуждения, не вызывая часто даже и спора. Так исторически обстояло дело.

Эти обстоятельства не могли, в свою очередь, не отразиться на самом содержании рассматриваемого нами документа. Если сравнительно в малой степени они могли повлиять на принципиальное содержание этих статей, поскольку совершенно оставлено без внимания это принципиальное содержание быть не могло, то на архитектонической стройности расположения статей самого памятника, на редакционной точности и выдержанности отдельных статей, наконец, на большей или меньшей степени согласованности их друг с другом эти обстоятельства во всяком случае отразились. При последующем анализе последнее придется всегда иметь в виду.

Отчасти тут имело значение и то, что главное внимание сессии, с точки зрения существа, по праву привлекли «Основы судоустройства», во-первых, и «Основы материального уголовного права», во-вторых. В этих двух памятниках, больше чем в каких бы то ни было других, должна была отразиться и отразилась классовая природа советского уголовного права. Как должен быть *построен* суд, чтобы обеспечить торжество идей классового пролетарского строительства, и как должны быть формулированы соответствующие регулирующие нормы, определяющие *действие* пролетарских судов,— эти две области, конечно, должны были привлечь гораздо большее внимание, чем нормы, определяющие *технику* судебного разбирательства.

Нет, конечно, ни малейшого сомнения в том, что и эти последние также должны были отразить и отразили классовое существо пролетарского законодательного творчества. Но именно потому, что эти нормы являлись и должны были явиться по существу нормами технического характера, классовая природа не могла отразиться в них с такой выпуклостью, с какой она отразилась в вышеприведенных двух областях.

Спешность проработки процессуальных норм и недостаточное сконцентрирование на них внимания законодателя отразились и в другой области. Поскольку центральными были статьи конституционного характера, в то время как типично процессуальные статьи на практике, как правило, не вызывали ни споров, ни разногласий при построении УПК в отдельных союзных республиках, — целый ряд принципиальных регулятивных норм, определяющих главный костяк самого строения уголовного процесса, не нашел вовсе отражения в законе, как само собой подразумевающийся. Такой на первый взгляд совершенно не долженствовавший иметь место факт тем не менее место имел. В последующем анализе нам придется указать целый ряд таких пропусков и восстановить эти нормы. С другой стороны, нашел свое отражение ряд таких норм, которые вовсе могли не помещаться в таком документе, как «Основы», либо как нормы слишком мелкие или технические по своему существу, напр., 2-я ч. ст. 12, либо как нормы, которые получили такую общую формулировку, что превратились в ничего не говорящие бланкетные нормы, как, напр., 3-й абзац ст. 4 и др.

Таковы основные недостатки разбираемого памятника, сразу же бросающиеся в глаза даже при беглом чтении. Они объясняются, как мы сказали, исторической обстановкой, в которой разрабатывался этот памятник.

Если «Основы судопроизводства», однако, чем-нибудь отличаются в положительную сторону от разобранных уже нами «Основ судоустройства» и «Основ уголовного права», то это тем, что они в гораздо большей степени, чем судоустройственные нормы, представляют собой, за малыми исключениями, изложение именно «Основ», т. е. основных принципов, *основной канвы*, основных вех, исходя из которых должно затем строиться процессуальное право союзных республик. В отличие от судоустройственнных норм, где мы видели целый ряд статей, определявших с излишней подробностью и детализацией принципы организации судебных учреждений, здесь, как правило, можно отметить скорее чрезвычайно широкий, слишком общий характер основных положений, лишенных иной раз необходимых существенных указаний.

Эту общую оценку второго разбираемого нами исторического документа мы считаем необходимым предпослать раньше, чем перейдем к конкретному анализу отдельных его статей. Чтобы подтвердить правильность приведенной выше общей характеристики недостаточной технической выдержанности построения самого документа, достаточно указать на систему расположения в этом документе основных его материалов. Уже это одно покажет, насколько недостаточно согласовано было само построение документа и насколько несовершенным является он в этом отношении.

Материал расположен следующим образом. Первые две статьи ставят основной общий вопрос о разграничении компетенции Союза и союзных республик в области норм, которыми должны вообще руководствоваться судебные учреждения в области процесса. Эти статьи и вызвали наиболее жаркие споры, и поэтому они точнее и лучше формулированы, чем другие. К сожалению, они являются как раз статьями, которые ничего не дают конкретного в области процесса как такового, определяя только, чем должен руководствоваться суд, а не то, как должен вестись процесс.

Ст. 3 определяет, с процессуальной точки зрения, материальную силу уголовных законов, действовавших до и после совершения преступлений. Это чрезвычайно важная, одна из важнейших статей. И, тем не менее, именно эта статья сомнительна как раз с точки зрения целесообразности ее помещения в сборнике процессуальных норм.

Ст. ст. 4, 5, 6, 7 и 8 являются статьями, определяющими порядок возбуждения преследования и расследования по делам, когда дело уже возбуждено.

Это — все типично процессуальные статьи, связанные между собой определенным внутренним единством — порядком развития процесса. Рядом с ними, однако, помещены ст. ст. 9, 10, 11 и 12, определяющие исключительно порядок применения, в качестве меры пресечения, лишения свободы. С процессуальной точки зрения эти статьи являются частными нормами по отношению к основной общей теме развития процесса. Тем не менее им придано несоответственно большее значение, чем они действительно этого заслуживают; с точки зрения изложения идей процесса, а не идеи охраны неприкосновенности личности, они должны быть признаны занимающими несоответственно большое место.

Ст. 13 определяет нормы подсудности, общие для процессуальных кодексов всех союзных республик. И лишь 14 и др. статьи определяют непосредственно технику процесса. Только эти статьи, от 14-й по 31 включительно, представляются по существу основными процессуальными статьями, однако они далеко не равноценны по значению, о чем ниже.

Если эти статьи логично и последовательно помещены в конце, как определяющие последний завершающий момент прохождения уголовного дела, то странным является помещение здесь ст. 32, являющейся *буквальным повторением*, с некоторыми изъятиями, ст. 19 «Основ судоустройства» о порядке исполнения на территории одной республики распоряжении судебно-следственных властей другой республики, и ст. 25, являющейся почти *буквальным повторением* (изменения лишь технические, редакционные) ст. 5 «Основ судоустройства» — о недопустимости начала апелляции в нашем процессе. Этот последний факт наличия повторения двумя одновременно изданными памятниками одних и тех же статей показывает, насколько мало обработанным с технической стороны является рассматриваемый нами документ.

Эту внешнюю, далеко не говорящую в пользу разбираемого документа, характеристику, раньше чем перейти к непосредственному анализу «Основ судопроизводства», мы дополним принципиальным анализом того, чем должны быть, по нашему мнению, процессуальные нормы, каково должно быть их назначение в общей системе советского уголовного права и насколько отвечают этому назначению «Основы судопроизводства» как памятник определенной эпохи, возникшей в определенных условиях места и времени в истории пролетарской борьбы.

В истории процесса процессуальные нормы, как правило, не отрываются от законов, определяющих устройство судебных учреждений, т. е. от судоустройственных норм. Последнее было вполне понятно, поскольку исторически, после того как был разрешен вопрос о том, как нужно построить судебные учреждения, сейчас же вставал вопрос, *по каким правилам* суды должны технически работать. В силу этого исторически лишь в более позднее время процессуальные нормы начинают выделяться как специальная отрасль права, имеющая свои принципы и законы и нуждающаяся в отдельном законодательном нормировании, а следовательно, и в изучении и толковании.

Исторические памятники первого периода законодательства в области судоустройства сливали поэтому обе эти отрасли законодательной работы — законы о судоустройстве и законы о процессе — в один законодательный акт. Так же строило свои законы и первое законодательство пролетарской революции.

Уже в декрете о суде № 1, на-ряду с изложением основных принципов строения судов, мы имеем ряд статей, трактующих о процессуальных нормах и вкрапленных среди статей о судоустройстве. Инструкция Штейнберга о революционных трибуналах от декабря 1917 г., наоборот, содержит в себе гораздо больше судопроизводственных норм, чем судоустройственных, и, тем не менее, также построена на началах смешения тех и других. В еще большей степени этим же отличаются первые большие органические и более или менее разработанные законодательные акты советского права: декрет о суде № 2, Положение о народном суде 1918 г., Положение о народном суде 1920 г. и все первые положения о революционных трибуналах 1919 и 1920 гг. Наконец, так же построены и Положение о полевых судах и Положение о военных революционных трибуналах. Известный циркуляр Кассационного отдела ВЦИК от ноября 1918 г., явившийся в свое время исчерпывающей инструкцией для революционных трибуналов, отличается той же особенностью. И лишь с 1922 г., с момента издания УПК, процессуальные нормы отделяются от норм судоустройственных и, как систематизированный и внутренне согласованный некоторой общей идеей сборник, появляются раньше судоустройственных норм и одновременно с нормами материального права.

Как известно, Уголовно-процессуальный кодекс и Уголовный кодекс одновременно вступили в действие с 1 июня 1922 г., в то время как Положение о судоустройстве введено в жизнь с 1 февраля 1923 г.

Что же из себя представляют процессуальные нормы? По идее они являются нормами, регулирующими, как мы говорили выше, *технику процесса*, т. е. порядок и правила рассмотрения дел. Поэтому первые наброски УПК именовались «Положением о порядке производства уголовных дел».

Как технические нормы процессуальное право поэтому должно строиться прежде всего в точном соответствии с основными целями, которые преследуют нормы судоустройственные и нормы материального права,— обеспечить классовую защиту данного общественного порядка от его нарушителей. Такова была основная цель, руководящая задача, которую всегда ставил перед собой господствующий класс, когда он становился у власти, и которую с тем бо́льшим основанием должен был поставить перед собой до сих пор бывший угнетенным рабочий класс. Как мы видели при анализе норм судоустройства, в нашей революции именно поэтому, исходя из этих целей, он позаботился прежде всего о том, чтобы состав суда был составом классовым, чтобы контроль над судебной работой находился в руках руководящего авангарда этого класса, а в нормах материального права, как мы увидим это ниже, прежде всего о том, чтобы репрессии более жестко применялись к его классовым врагам и чтобы суд менее жестко подходил к провинившимся из среды трудящихся масс.

Должны ли были эти идеи отразиться в построении процесса? Представляется совершенно бесспорным, что не только должны были, но и не могли не отразиться. Мало того. Этим, и только этим, должен определяться, по нашему мнению, основной принципиальный подход всякого законодательства к вопросам судебного процесса.

Процесс должен строиться так, чтобы обеспечить возможно большее и возможно полное достижение тех целей, для которых строится суд вообще и материальное уголовное право в частности. Если эти цели в нашем анализе «Основ судоустройства» мы определили как самозащиту общества трудящихся от классовых врагов, с одной стороны, и общественное воспитание трудящихся путем применения репрессий к нарушающим общественный порядок — с другой, то всякая норма процессуальная, которая бы вступила в противоречие или препятствовала бы выполнению этих задач, должна была быть нами отброшена как негодная, как препятствующая достижению этих двух основных целей.

Таков должен был быть подход, должен был быть единственный критерий в оценке приемлемости тех или иных процессуальных норм у пролетариата. Как же обстояло в этом отношении дело

реально, исторически, в живой действительности, в процессе создания развития и систематизации нашего процессуального права? К сожалению, в этом отношении дело далеко не обстояло благополучно.

Если при построении судоустройственных норм и в известной части норм материального права, о чем мы также ниже будем говорить, в господствующем сознании работников — революционеров Октябрьской революции — эти идеи о целях и задачах суда не только не были в достаточной степени и мере отчетливо выявлены, но в определенной степени дополнялись рядом идей иного порядка, идей, заимствованных из арсенала либерально-буржуазной юстиции, характерных не для Октябрьской, а для Февральской революции или даже для эпохи гораздо более ранней, так называемой эпохи реформ 60-х гг., или вообще из арсенала общедемократических идей,— то в области процесса положение было еще более тяжелым, неясным и запутанным.

Партийно-политическая программа не говорила ничего конкретного по вопросам процесса, кроме упоминания о том, что суд должен быть *наиболее доступным* для широких масс населения, и только. Как осуществить эту доступность, об этом программа умалчивает. Программа же РСДРП (а не программа коммунистической партии),— программа, которая свое историческое происхождение датировала концом XIX в.,— знала некоторые пункты из области процессуальных норм, но в то же время такие, которые нынешней советской юстицией отвергаются в корне. Программа РСДРП говорила *об обязательности суда присяжных при рассмотрении политических дел.* Поскольку это была программа-минимум, направленная по адресу самодержавия или даже либерально-буржуазного государства, — а о большем программа РСДРП не мечтала, — постольку могло быть рационально и такое требование. В условиях же пролетарского государства, в эпоху классовой борьбы, перешедшей в наиболее острую форму гражданской войны, это требование партийной программы не могло быть признано ни исчерпывающим ни отвечающим вообще интересам этой борьбы.

Однако не может быть не признано характерным, что программа партии 1898 г. включала именно такое требование, и это обстоятельство не может быть не учтено как характеризующее то представление о процессуальных нормах и задачах процесса, которое было господствующим у первых строителей советского процессуального права.

Еще более отчетливо путаница этих представлений выявляется при обзоре первых процессуальных законов пролетарской юстициции эпохи 1918—1919 гг.

Влияние буржуазного процесса конца XIX в. сказалось здесь более чем сильно. Нам важно остановиться и объяснить причины этого явления.

Буржуазный процесс XIX в. пришел в Европу на смену розыскного и инквизиционного процессов, в свою очередь перешедших в новую историю из мрака средневековья. Только Англия была страной, в которой процесс развивался совершенно своеобразно, с сохранением принципов состязательности и гласности, несмотря на исторические причины, толкавшие развитие процесса в другую сторону. Но на континтенте Европы королевский суд, заменивший собой феодально-сословный суд равных, явился шагом вперед по сравнению с этими последними судами, поскольку он все же строился как суд, исходивший из принципа равенства всех перед законом. Не то было к моменту полного господства абсолютизма, когда суд сделался уже тормозом для дальнейшего политического развития страны, поскольку равенство всех перед законом абсолютизм фактически превратил в равное для всех бесправие перед этим законом.

История буржуазного процесса с этой точки зрения в своем генезисе упирается первоначально в факт борьбы буржуазии против абсолютизма за освобождение от стесняющих буржуазию как класс пут абсолютизма и затем борьбы той же буржуазии за свое полное господство.

Именно поэтому пополнявшая выходцами из своей среды кадры «королевских юристов» в первый период борьбы буржуазия стремилась использовать суд и судебный процесс прежде всего как средство самозащиты, стараясь так технически построить процессуальные нормы, чтобы при помощи их получить для себя гарантию против произвола абсолютистских монархов. В дальнейшем же, уже в эпоху борьбы за конституционные гарантии, гласность процесса, публичность и в особенности состязательность процесса — вместе с идеей равенства всех перед судом и равенства суда для всех — явились поэтому для буржуазно-либерального права основными принципами, исходя из которых буржуазия думала построить «нормальный» процесс в отличие от закрытого, уходившего с исторической арены, негласного процесса абсолютизма и политически умиравшего дворянского землевладения.

Организация «судов присяжных» явилась для буржуазия в этой борьбе лозунгом, который она особенно охотно использовала, так как этот лозунг позволяет ей сливать себя со всем населением страны, ставить себя под защиту «голоса народа» в виде голоса присяжных, вотирующих виновность или невиновность, независимо, а часто и против требований формальных законов. Требование суда присяжных, в особенности по политическим делам, явилось поэтому основным требованием либеральных буржуазных демократических партий во всех странах Европы первой половины или даже первых трех четвертей XIX в.

Свое распространение эта форма буржуазного процесса, однако, получила лишь в последней четверти XIX в., когда буржуазия уже перешла рубикон революционной борьбы с абсолютизмом и, сломив абсолютизм, полностью утвердила свое собственное господство.

В полном соответствии с принципами свободы торгового оборота и частно-капиталистической конкуренции идея равенства всех перед судом, вместе с максимальным развитием в суде правовых гарантий формального характера, обеспечивающих максимальную возможность для обвиняемого бороться против предъявляемых к нему обвинений, получила полное свое выражение в процессе. Другой вопрос — что очень скоро сепаратными законодательными актами буржуазия начала, на-ряду с этими нормами, устанавливать иные нормы для исключительных судов, которые она создавала против своих врагов, в частности против восстававших рабочих. Иное дело, что все чаще и яснее, в особенности в период непосредственно после гражданской войны, эти же нотки об оправдании исключительных судов начали звучать в произведениях буржуазных теоретиков процессуального права. Формально лозунги и принципы именно состязательного процесса оставались и остаются господствующими — на словах по крайней мере — до сих пор догмами буржуазного процессуального права.

Этот исторически возникший и развившийся процесс, построенный в основном на принципе формальных правовых гарантий обвиняемого, с одной стороны, и принципе состязательности — с другой, был тем *исторически данным* наследием, которое всей силой общепризнанного мирового авторитета как наиболее ценное детище демократии и максимальное воплощение в судебно-правовой области демократических идей предстало как факт перед деятелями Октябрьской революции в период, когда они впервые встали перед практической задачей построения *своего* процесса.

Это последнее не должно нами забываться, когда мы подходим к анализу первого памятника нашего правотворчества в этой области. К этому можно лишь добавить то, что, в частности в старой царской России, либерально-демократическая буржуазия затратила немало энергии и сил для того, чтобы всячески внедрить в сознание широких слоев революционной интеллигенции, из рядов которой вышли гла ные работники и теоретики Октябрьской революции, представление о том, что либерально-буржуазный процесс — так, как он был отражен в известных судебных законах царя Александра II 1864 г.— является максимальным достижением и воплощением именно этих идей и представляет собой поэтому памятник, не нуждающийся даже в какой-либо специальной переделке, а лишь в очистке от тех новелл и наслоений, которые, чтоб его испортить, были внесены в эти уставы в реакционные царствования Александра III и Николая II. Так исторически обстояло дело в момент Октября. Поэтому нет ничего удивительного, если первые акты, нормирующие процессуальные нормы после Октябрьской революции, явились не чем иным, как восприятием лишь с незначительными изменениями и переработкой именно этих явно буржуазного происхождения процессуальных норм. Мы проиллюстрируем это положение на ряде примеров.

В I томе нашей работы мы видели, как декрет о суде № 1 в основной своей — 2-й — ст. говорил об избрании судей на основе «прямых демократических выборов», допуская назначение таковых советами рабочих, солдатских и крестьянских депутатов лишь как временный порядок. Этими же советами, говорит та же статья, составляются списки очередных заседателей и определяется очередь их явки на сессию. В области процесса тот же декрет лишь обещал, что о судопроизводстве будет издан особый закон. В то же время декрет счел нужным в ст. 3 указать, что «в роли обвинителей и защитников, допускаемых и в стадии предварительного следствия... допускаются все неопороченные граждане обоего пола, пользующиеся гражданскими правами».

В этом абзаце чрезвычайно характерны оба факта: и тот, что, не ожидая общего декрета о судопроизводстве, была дана эта процессуальная норма — допущение защиты в стадии предварительного следствия, которой не было в уставах 1864 г., но о которой всегда мечтала либерально-буржуазная интеллигенция, почему именно ее декрет о суде № 1 счел необходимым немедленно провести совершенно без учета обстановки текущего дня и классовой природы той самой интеллигенции, которая именно в этот период заняла по

отношению к советской власти резко враждебную, активно антисоветскую позицию; и второй факт, не менее характерный,— тот, что к роли обвинителей и защитников закон допустил всех без ограничений «неопороченных граждан».

Второй законодательной акт эпохи — Инструкция революционным трибуналам от декабря 1917 г., — в области процессуальных норм установила: 1) обязательное участие сторон (ст. 6); 2) свободное допущение любого лица в качестве обвинителя или защитника. При этом нужно сказать, что Коллегия правозаступников образовывалась путем свободной записи любых лиц, представивших лишь «рекомендацию совета рабочих, солдатских и крестьянских депутатов» (еще бы!). Кроме этих обвинителей и защитников инструкция допускала участие в прениях любого обвинителя или защитника *из публики* (!!). И на таких принципах строился процесс для судов, имевших задачей «борьбу против контр-революционных сил, для ограждения от них революции и ее завоеваний, а равно для решения дел о борьбе с мародерством и хищничеством, саботажем и прочими злоупотреблениями торговцев, промышленников, чиновников и пр. лиц» (ст. 8 декрета № 1 о суде).

Но наиболее яркими примерами безраздельного господства идей либерально-буржуазного права является декрет о суде № 2, созданный в период комиссарства левого эсера Штейнберга. Ст. 8 этого закона прямо говорит:

«Судопроизводство как по гражданским, так и по уголовным делам *происходит по правилам судебных уставов 1864 г.*, постольку, поскольку таковые не отменены декретами Центрального исполнительного комитета рабочих, солдатских, крестьянских и казачьих депутатов и Совета народных комиссаров и не противоречат правосознанию трудящихся классов.

Никакой закон, который в какой бы то ни было мере отменял бы эти правила, однако издан не был, и царские судебные уставы были признаны таким образом целиком соответствующими и правосознанию трудящихся и задачам и целям общего социального строительства, взявшего в свои руки власть пролетариата.

Сдвиг в этом отношении начался лишь с момента вступления в Народный комиссариат юстиции т. Стучки и издания им первой инструкции народным судьям от июля 1918 г., где была сделана первая попытка построения *своего* процесса и правила последнего были изложены в ст. ст. 21 — 39. Эти правила перешли потом в Положение о народном суде, где ст. 22 указала, что «при

рассмотрении всех дел народный суд применяет декреты рабоче-крестьянского правительства, и лишь в случае отсутствия таковых или неполноты их руководствуется социалистическим правосознанием». В особом примечании эта статья одновременно *прямо запрещала ссылки на законы свергнутых правительств.* Ст. 24 этого Положения одновременно определяла основной советский принцип свободы суда в оценке доказательств («народный суд не стеснен никакими формальными доказательствами и от него зависит по обстоятельствам дела допустить любые доказательства или потребовать их от третьих лиц»).

Это уже была полная революция против авторитета уставов 1864 г., но, однако, это еще не было революцией против принципов буржуазного процесса. Производство дел определялось ст. ст. 53—80 и все же строилось на тех же принципах гласности, непосредственности и, главное, состязательности процесса.

Иначе, однако, была построена Коллегия защитников. Она строилась уже при советах, причем члены ее получали определенный оклад в качестве советских должностных лиц. В остальном принципы процесса остались те же.

Мало изменило дело и Положение о народном суде 1920 г. Революционной статьей здесь была лишь ст. 47, допускавшая защиту в народном суде лишь *факультативно,* «в зависимости от характера дел и личности обвиняемого». Однако при наличии обвинителя народный суд *обязывался* допустить или назначить защитника. Одновременно назначение защитника было обязательно, если о том просил «обвиняемый, содержащийся под стражей». Последнее примечание по существу аннулировало все реальное значение ст. 47.

Самый процесс в Положении о народном суде 1920 г. формулировался ст. ст. 53—82 и никаких изменений и отступлений от принципа Положения 1918 г. в себе не заключал.

Трибунальная юстиция прошла тот же путь освобождения от власти старых традиций, но более решительным темпом. После штейнбергской инструкции уже декрет от 9 мая учреждал при революционных трибуналах специальную Коллегию общественных обвинителей, на которую было возложено публичное обвинение по всем делам в судебных заседаниях. Этот факт следует толковать в двояком смысле: и как подтверждение принципа состязательности процесса в исключительных судах, какими должны были быть революционные трибуналы, и в то же время как признание необходимости особого усиления задач государственного обвинения, т. е. задач охраны общественного порядка.

Одновременно известным постановлением т. П. И. Стучки от 16 июня 1918 г. революционные трибуналы были освобождены от каких бы то ни было ограничений в определении меры репрессии, кроме случаев, когда законом указан предел «не ниже». Инструкция же Кассационного отдела от 5 ноября 1918 г. в части, определяющей судопроизводственные нормы, содержит в себе уже целый ряд отступлений от принципов непосредственности, гласности и состязательности процесса.

Положение 1919 г. в ст. 17 допускает участие сторон лишь как факультативный момент процесса и все вопросы процесса ставит в исключительную зависимость от распоряжения трибуналов.

Однако высшим проявлением революционного настроения по отношению к каким бы то ни было формам является постановление о чрезвычайных трибуналах при ВЧК, которое в ст. 3 прямо оговорило, что трибуналы «не связаны никакими формами судопроизводства», кроме одной — *гласности* заседаний трибунала.

Окончательное завершение трибунальное производство получило в Положении от 1920 г., где уже точно были оговорены принципиальные отличия производства в трибуналах от производства в общих судах и где ряд исключительных прав фактически давал возможность расправы с врагами революции, при некотором соблюдении формальных гарантии уставов 1864 г.

Характерной в этом отношении и определяющей основную точку зрения на эти гарантии трибунальных работников является резолюция, принятая на II съезде трибуналистов по этому вопросу, в которой говорится:

«В отношении процессуальной стороны съезд признает необходимым строго разграничивать, на основании предъявленных трибуналом основных положений прав, два основных порядка рассмотрения дел: развернутый, или широкий, порядок и сокращенный, или упрощенный, порядок рассмотрения, понимая под первым рассмотрение дела с участием обвинения и защиты, вызовом необходимых по делу свидетелей, допущением прений сторон и т. д., и под вторым порядком — слушание дела без свидетелей, без защиты и обвинения, с одним только допросом обвиняемого самим председателем трибунала, с предоставлением обвиняемому последнего слова. Первый порядок (развернутый) съезд рекомендует принять только как исключение, т. е. по делам, требующим такого порядка по своей сложности или по своему политическому содержанию и важности затрагиваемых процессом общественных вопросов. Второй порядок должен быть

усвоен как *общее правило* для большинства дел для постановки трибунальной репрессии на должную высоту, причем... вызов свидетелей должен иметь место лишь в случаях, когда показания свидетеля не возбуждают доверия и требуют личной проверки».

Эта идея на практике нашла свое выражение только в производстве особого трибунала при ВЧК. Однако постановка ее на очередь как регулирующей нормы, действующей в трибунальном производстве, весьма характерна.

И, тем не менее, и трибуналисты не поднялись до постановки общего вопроса о приемлемости, ценности и целесообразности для пролетариата сохранения основных начал буржуазного процесса — представительства «сторон» в процессе, обязательности защиты «при наличии представителя обвинения», равенства обеих сторон перед судом, равно как и обязательности единого процесса по всем делам. Эти принципы остались непоколебленными и для них.

Этим кратким историческим очерком можно закончить наше общее введение в историю советского процесса. Мы сделаем лишь некоторые общие выводы.

Если в первую пору советский процесс являлся воспроизведением идей либерально-буржуазного права, то очень скоро классовой борьбой и жизненной реальной обстановкой в безраздельное господство этих идей были внесены существенные поправки, причем процессуальная техника была поставлена в зависимое положение по отношению к принципам, долженствовавшим обеспечить достижения *основных*, поставленных перед судом советской властью задач: дать суд, не только обеспечивающий все формальные гарантии привлеченным, но и создать суд, который мог бы служить орудием классовой расправы с врагами пролетарской революции.

Компромиссом между двумя этими принципами, заключающим в себе до известной степени взаимно исключающие друг друга требования, и явился первый Процессуальный кодекс 1922 г.

Составленный, в свою очередь, при участии буржуазных специалистов-юристов, хотя и работавших в комиссии под непосредственным председательством автора этих строк, Процессуальный кодекс 1922 г. отражает этот копромисс в максимальной степени. Последующие изменения процесса сводились к некоторому «ухудшению» его с точки зрения либеральных принципов со все бо́льшим проведением идеи ограничения формально-правовых гарантий. В общем и целом кодекс остался нетронутым, однако, вплоть до 1927 г., когда впервые был поставлен вопрос о его коренном пересмотре.

Уже не трудно сказать, во что, в конце концов, выльется этот коренной пересмотр. Совершенно ясно, что вопрос должен итти в сторону создания процесса, который, прежде всего, отвечал бы задачам, поставленным партийной программой в смысле создания *доступного* процесса, т. е. процесса не сложного, понятного широким массам, лишенного всякой формалистики, окаменелости и тяжеловесности; он должен, конечно, обусловить вместе с тем максимум возможности достижения и раскрытия материальной истины. Это значит, что основные технические средства, установленные опытом буржуазных стран, конечно, должны быть использованы и пролетариатом. Однако это отнюдь не должно означать фетишистского преклонения перед этим принципом. Вместе с тем он должен быть построен так, чтобы обеспечить возможность борьбы с прямыми врагами революции и нового порядка. В этих условиях совершенно ничем не доказанным является и обязательное его построение на основе «представительства сторон» и обязательное предоставление обвиняемому ряда формальных правовых гарантий. Недаром же в громаднейшей степени боязнью этих формальных гарантий должен быть объяснен тот факт, что в критические моменты борьбы пролетарская власть предпочитает прибегать к процессуальной технике ВЧК и ГПУ, где, как известно, формальные гарантии отсутствуют почти совершенно. Дать *жесткий процесс, который бы давал возможность без лишних слов бороться с покушениями на революцию,*—эта задача также должна быть достигнута в результате пересмотра. Возможно, одним из средств для такого разрешения проблемы будет создание двух процессов. В нашу задачу не входит сейчас дать комментарии к этому будущему процессу, наша задача — комментировать пока только «Основы». Другой вопрос, если этот коренной пересмотр будет настолько глубок, что затронет и эти последние. Мы не полагаем, однако, что это случится в значительной степени, потому что, как мы указывали, у нас сами «Основы» сконструированы таким образом, что дают возможность — без ломки их как таковых — широкой свободе законодательного творчества союзным республикам даже в определении основных принципов, а не только деталей своих уголовно-процессуальных кодексов. Тем не менее все то, что мы говорили выше, мы говорили для того, чтобы понятен был наш подход к комментированию именно «Основ», которые вышли в свет в октябре 1924 г., т. е. в промежуток между первым периодом господства либерально-буржуазных идей и вторым периодом — признания необходимости их пересмотра.

Не отразившие в себе ничего нового, по существу явившиеся повторением в сжатой форме принципов УПК 1922 г., «Основы судопроизводства» имеют такой компромиссный характер, как и сам кодекс 1922 г. Это тем более облегчает нам и комментирование и критику.

Во всяком случае при комментировании этих «Основ» мы параллельно будем давать и наброски принципиальных тезисов, на которых, как нам кажется, должен быть построен этот новый, реформированный, пересмотренный УПК.

То же обстоятельство поможет нам отчетливо выявить при комментировании «Основ» те принципы, на которых, мы полагаем, должен быть перестроен Процессуальный кодекс, которые мы полагаем, найдут свое отражение в новом, реформированном, «пересмотренном» УПК.

После этого введения мы можем приступить к непосредственному постатейному анализу «Основ судопроизводства».

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Ст. ст. 1 и 2 «Основ судопроизводства» — «Об источниках права, определяющих производство дел в судебных учреждениях Союза и союзных республик».

Ст. ст. 1 и 2 «Основ судопроизводства» определяют собой пределы законодательной компетенции Союза и союзных республик в области уголовного процесса. С другой стороны, они определяют основные источники, опираясь на которые должны действовать судебные учреждения в той же процессуальной области. Обе эти статьи явились, как мы уже говорили, предметом жаркой дискуссии в законодательных органах и поэтому сформулированы наиболее четко.

Построены обе статьи таким образом, что ст. 1 определяет нормы, регулирующие производство дел в судебных учреждениях Союза, а ст. 2 определяет нормы, регулирующие производство дел в судебных учреждениях союзных республик.

На принципиальном рассмотрении вопроса о возможности существования и деятельности *союзных* судебных учреждений на территории отдельной республики с точки зрения формального закона и конституции мы прежде всего и остановимся.

В ст. 1 мы имеем по существу едва ли не единственный законодательный акт, прямо и недвусмысленно различающий наличие на территории Союза этих двоякого типа судебных учреждений Союза, с одной стороны, и судебных учреждений союзных республик — с другой. Правда, существование судебных учреждений Союза не оспаривается и не может оспариваться, поскольку о Верховном суде Союза прямо говорит Союзная конституция. Ст. 1 говорит, однако, *о судебных учреждениях* Союза, а не о судебном учреждении; поэтому встает вопрос о том, какие именно судебные учреждения подразумеваются? На этот вопрос ответ дает пункт «б» той же статьи, упоминающий не только о Верховном суде Союза ССР, но и о во-

2*

енно-судебных учреждениях, хотя без специального добавления — «о военных учреждениях Союза».

Именно этот вопрос и был первым, который подвергся обсуждению в законодательных инстанциях в момент прохождения в них ст. 1. Об этом мы в свое время писали при рассмотрении статей «Основ судоустройства, в частности ст. 21, которая, упоминая о военных трибуналах, однако не называет их судебными учреждениями Союза. Настоящей статьей вопрос этот должен быть признан разрешенным в том смысле, что военные трибуналы признаются именно союзными судебными учреждениями, и наличие последних должно быть принято как нормативный, законодательным порядком установленный факт, против которого не должно более спорить.

Едва ли, однако, такое решение вопроса может считаться правильным с точки зрения точного соответствия этого положения с действующими конституционными нормами. Мы говорили уже, что Конституция знает только одно судебное учреждение союзного характера, именуемое Верховным судом Союза. Дальше та же Конституция в ст. 1 точно говорит, что судоустроительная работа вообще, а следовательно, издание каких бы то ни было детальных норм об организации любых судебных учреждений, принадлежит к компетенции союзных республик. Конституция не знает ни одной нормы, которая давала бы право какому-либо из союзных учреждений учреждать свои суды на территории и вне судебной системы данной союзной республики. Построение на территории союзной республики судебных учреждений, не связанных с судебной системой *данной* республики, является с этой точки зрения не укладывающимся в рамки Конституции.

Эта формальная постановка вопроса в первый период после 1922 г. проводилась и практически в жизнь путем систематического отражения в законе *организационной связи* военных трибуналов с единой судебной системой каждой союзной республики. В ст. 16 Положения о Верховном суде специально указывалось, что «назначение личного состава военных трибуналов определяется соглашением председателя Военной коллегии Верховного суда и Народного комиссара юстиции данной республики». А ряд процессуальных статей УПК и Положения о Верховном суде Союза устанавливал сверх того и процессуальную подчиненность и кассационный надзор Верховного суда данной республики над делами, разрешаемыми военными трибуналами.

Взаимная переплетенность отношений военных трибуналов и Военной коллегии Верховного суда Союза, с одной стороны, Верховного суда республики и Военной коллегии Верховного суда Союза — с другой, военных трибуналов и верховного суда союзной республики — с третьей стороны, вместе с предоставлением председателю Верховного суда союзной республики и прокурору республики права истребования дел в порядке надзора из производства военных трибуналов, — все это вместе логически вытекало из принципиального отрицания возможности построения судебных учреждений Союза вне связи с судебными учреждениями республик.

Так, однако, продолжалось сравнительно недолго, и очень скоро, в связи с общей постановкой вопроса военно-судебными работниками о централизации их работы исключительно в Военной коллегии Верховного суда Союза, эта связь была порвана, и кассационные права верховных судов республик над работой военных трибуналов были упразднены. Вторым шагом по этому пути было ограничение прав председателя Верховного суда и прокурора союзной республики на истребование дел из производства военных трибуналов. Специальным разъяснением Президиума ЦИК это право им было предоставлено лишь в отношении тех дел, по которым проходят, кроме военных работников, и иные граждане. Практика же очень быстро, с отменой кассационного надзора, порвала последние остатки этой связанности, и в результате военные трибуналы отлились *в совершенно самостоятельную сеть судебных учреждений.* Этим самым оказался предрешенным и разрешенным вопрос о полномочиях Союза в целом на законодательное творчество не только в области судоустройственных, но и в области процессуальных прав, что, казалось бы, далеко выходили за рамки, жестко установленные ст. 1 Конституции Союза.

Так последовательно и безапелляционно решила жизнь вопрос, лишь академически трактовавшийся в октябре 1924 г. при выработке «Основ».

Впрочем, на практике этот вопрос так остро не стоял. На практике единство политики всех судебных учреждений, — теснейшая связь работников этих учреждений друг с другом и одинаковое существо проводимой работы очень быстро стерли различия, которые тут еще могли существовать, затушевали существо этого вопроса и во всяком случае настолько смягчили его остроту, что на практической работе это изменение почти не отразилось.

Тем не менее академически и теоретически эта проблема существует, и поэтому можно и должно не только поставить вопрос о

правильности наличия военно-судебных учреждений Союза, но и двояко ответить на него.

В частности мы считаем тем более необходимым бороться против аргументации за самостоятельную систему военно-судебных учреждений тогда, когда из нее делается ряд уже совершенно неправильных выводов о необходимости построения для военных трибуналов своих *союзных военно-судебно-процессуальных прав.* Мы принципиально боролись против подобной точки зрения всегда и говорили, что нет и не может быть экстерриториального и внетерриториального Уголовно-процесс. кодекса, поскольку Конституция в области процесса все, кроме «Основ», передает в ведение союзных республик. Вопрос о точном соблюдении этого основного требования ст. 1 Конституции и составлял предмет второго вопроса (после вопроса о существовании союзных судебных учреждений), вокруг которого разгорелись споры в законодательных инстанциях Союза.

Этот второй вопрос в своей отчетливой постановке был формулирован таким образом: чем должны руководствоваться в своей процессуальной практике судебные учреждения Союза?

По существу это был спор именно о союзном процессуальном праве. Как же отвечает на этот вопрос закон? Закон ответил указанием не на один (всесоюзный), а на *три основных* источника.

Во-первых — на комментируемые нами «Основы уголовного судопроизводства». Как «Основы», они должны были явиться перечнем принципиальных норм, которые должны соблюдаться всеми союзными республиками безусловно, а следовательно, и всеми судебными учреждениями этих республик и уже, конечно, и судебными учреждениями Союза. Как «Основы», они должны были, однако, содержать в себе лишь перечень основных принципов и не могли заменять собой разработанного и внутренне согласованного полного сборника технических правил производства дел, т. е. УПК как такового. Поэтому ст. 1 в п. «в» указывает, что в дополнение к «Основам» для Союза и для союзных учреждений в равной мере *являются обязательными уголовно-процессуальные законы союзных республик.* Это указание логически вытекало из п. «а» ст. 1 и основного смысла Конституции, передававшей законодательной компетенции союзных республик издание таких процессуальных сборников.

Теоретически этими двумя источниками и должно было быть исчерпано все то процессуальное законодательство, которое должно было бы быть руководящим для союзных судебных учреждений. На

этой точке зрения первоначально стояли сторонники одной из точек зрения, боровшихся в законодательных инстанциях.

Простая логика, однако, должна была привести к необходимости сделать еще одно *дополнение* к этим источникам. Верховный суд Союза должен был бы, при самом добросовестном стремлении удовлетвориться этими двумя источниками, стать перед вопросом: какие же из процессуальных норм союзных республик должен он применять при рассмотрении того или иного уголовного дела? Ответ на этот вопрос также должен был быть записан в законе, а раз так, то *эта запись уже явилась бы новой процессуальной нормой*, которой не было бы в «Основах» и которая, конечно, не могла бы иметь места в уголовно-процессуальных кодексах республик.

Эгот третий источник дополнительных общесоюзного характера норм должен был быть поэтому также упомянут. О нем и говорит п. «б» ст. 1, дополнительно к первым двум источникам указывая, во-первых, на *Положение о Верховном суде Союза ССР*, в части, где оно содержит процессуальные нормы, и, во-вторых, на *„издаваемые в порядке общесоюзного законодательства специальные Положения, определяющие особенности производства в военно-судебных учреждениях“*. На этих двух моментах, в особенности на втором, мы позволим себе остановиться более внимательно.

Положение о Верховном суде, как мы видели, содержит и не может не содержать ряда процессуальных норм. Ряд судоустроительных норм о том, как организован Верховный суд; ряд организационных норм о штатах, сметах и т. д.; ряд норм, определяющих работу прокуратуры; наконец, ряд норм, определяющих надзорное производство по истребованию дел, — все это есть в Положении о Верховном суде Союза и все это переплетено с узко-процессуальными нормами, дающими конкретные указания судебному составу Верховного суда при разрешении вопроса, к какому из УПК надлежит обратиться при разрешении отдельных конкретнтых дел, или как выйти из коллизии республиканских норм, если таковая возникнет. В этом смысле указание ст. 1 на третий источник, как мы сказали, является вполне логично обоснованным выводом.

Несколько иначе стоит вопрос о втором дополнительном источнике — о специальных положениях, определяющих особенности производства дел в военно-судебных учреждениях Союза.

Здесь надо вчитаться и вдуматься в каждое слово последних двух строк, ибо каждое слово их явилось результатом борьбы двух течений — республиканского и общесоюзного. С одной стороны, шло

требование исключить этот источник, признав, что УПК союзных республик должны быть признаны в достаточной степени исчерпывающими, как руководство процессуального характера, и для военных трибуналов, хотя бы эти нормы были и различны в отдельных республиках. Другая точка зрения, наоборот, требовала установления особого всесоюзного военного процессуального права полностью, хотя бы это право было простой перепечаткой на девять десятых уголовно-процессуального права республик. Истина, как бывает в большинстве случаев, лежала посередине, и эту истину и отразила ст. 1 «Основ судопроизводства».

Нет нужды,— сказал закон текстом ст. 1, — *в создании специального "процессульного права для военно-судебных учреждений*, но и нельзя ограничиться только процессуальными кодексами республик, ибо *ряд технических особенностей отличали и будут отличать военно-судебные учреждения*, действующие на театре военных действий, и даже военно-судебные учреждения, действующие в тылу, от действий общих судов. Эти специфические процессуально-технические нормы, отличающие военные трибуналы от любых судебных учреждений любой республики, должны поэтому быть отражены в законе. Нет нужды, однако, излагать их как специальное военно-судебное процессуальное право, — их можно и должно изложить как *дополнительные нормы к УПК союзных республик или к „Основам уголовного судопроизводства“, обязательным для всех.*

Так решил вопрос действующий закон, дав. в п. «б» ссылку на особое дополнение к УПК республик, «Положения, определяющие особенности действий военных трибуналов». Эти особые дополнительные Положения должны были быть по идее изданы в качестве отдельного законодательного акта. На практике они были изданы как дополнительные статьи, вкрапленные в Положение о революционных трибуналах, принятое в 1926 г., в той части, где определяются процессуальные особенности производства дел в военных трибуналах. По существу эти особенности свелись к отсутствию кассационного обжалования на территории военных действий и в момент боевой обстановки; особому порядку сообщения о приговорах к расстрелу; некоторым особенностям в производстве следственного аппарата; особому порядку надзорного производства и, наконец, ряду полномочий военных трибуналов в смысле отступления от начал состязательности процесса, гласности и непосредственности.

Специально, как предполагалось по тексту ст. 1, в виде особого общесоюзного акта, эти статьи изданы не были.

Троякий источник юридических норм для военно-судебных учреждений определен таким образом этой ст. 1. Одновременно этим основным источником была исчерпывающе определена законодательная компетенция Союза в области процесса и разрешения вопроса об «общесоюзном процессуальном праве». На вопрос о возможности и необходимости такового закон дал отрицательный ответ.

Проще решался вопрос, специально подлежавший разрешению в ст. 2, — чем должны руководствоваться при производстве уголовных дел судебные учреждения союзных республик. Ст. 2 указывает здесь уже только два источника: первым являются опять-таки цитируемые и комментируемые нами «Основы»; вторым — издаваемые на основе и в развитие этих «Основ» УПК союзных республик.

При этой совершенно отчетливой постановке вопроса единственным, вызывающим сомнением, явился следующий момент. Совершенно ясно, что уголовно-процессуальные кодексы могут быть издаваемы лишь «на основе» и «в развитие» этих общесоюзных «Основ судопроизводства». Конечно, уголовно-процессуальные кодексы не могут издаваться республиками ни «в противоречие» ни «в нарушение» этих «Основ». Тогда, однако, возникает следующий вопрос: если уголовно-процессуальные кодексы не издаются ни в противоречие ни в нарушение, а исключительно в развитие и на основе, то нужно ли в законе делать эту ссылку на «Основы» как на руководящий источник права для судебных учреждений республик? Зачем же ссылаться рядом и на УПК и на «Основы», когда достаточно одного УПК, и не создаст ли это неизбежных затруднений при применении тех и других в практической судебной работе?

Мы думаем, что если бы такие затруднения встретились, то здесь надлежало бы подтвердить все то, что мы говорили при рассмотрениии «Основ судоустройства», — что «Основы» должны явиться тем памятником и тем документом, к которому должен обращаться всякий судебный работник тогда, когда при применении отдельных статей УПК перед ним встает недоуменный вопрос, который он не может разрешить. Во всяком случае приоритет здесь остается за «Основами», и они должны явиться для судебных работников решающим документом. Поскольку же правильно построенные уголовно-процессуальные кодексы республик исключают возможность противоречий, такие недоуменные вопросы не должны возникнуть.

Больше к этому вопросу «Основы» не возвращаются и в дальнейшем уже переходят непосредственно к вопросам процесса как такового.

На первом месте здесь стоит ст. 3, являющаяся перефразировкой ст. 2 УПК 1922 г., — статья *спорная* с начала до конца, на которой мы и сосредоточим теперь свое внимание.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Ст. 3 «Основ судопроизводства» — «О порядке применения уголовных законов в зависимости от момента совершения преступления». Принцип nullum crimen sine lege в понимании советского процессуального права.

Ст. 3 «Основ» посвящена вопросу о том, какими законами надлежит определять меры социальной защиты в зависимости от момента совершения преступления. Этот, казалось бы, частный вопрос ст. 3 возводит на степень принципиального положения. И действительно, статья построена таким образом, что она служила и служит в настоящее время главным аргументом для проведения в советском правовом сознании основных идей либерального буржуазного права и буржуазного понимания основ этого права. Вот почему на ней нам надлежит остановиться со всем вниманием. Текстуально ст. 3 гласит следующее:

«Применение судом мер социальной защиты определяется уголовными законами, действовавшими в момент совершения преступления. Законы, отменяющие вовсе применение мер социальной защиты к данному деянию или смягчающие эти меры, имеют обратную силу».

Каждое из двух приведенных утверждений этой статьи представляется спорным, прежде всего, по своему принципиальному содержанию. К чему сводится, в самом деле, содержание первой половины статьи, если его политически и социологически расшифровать? Нет ни малейшего сомнения, что логически первая часть этой статьи отражает по своему существу не что иное, как само собой разумеющийся факт, что если существует какой-либо закон, то в момент, когда совершается преступление, для борьбы с которым этот закон издан, указанный закон должен быть применен по отношению к лицу, совершившему это преступление. Это — формально-обязательный для всех логический вывод, вытекающий из самого факта существования преступлений и направленных на борьбу с преступлениями законов.

Совершенно иной смысл, однако, вкладывается в эту формулу, когда ее начинают толковать «юридически». Толкование при этом строится как ответ на вопрос: может ли быть и должен ли быть применен в отношении лица, совершившего определенное преступление, закон, преследующий это преступление, если *в момент совершения преступления данный закон не был издан.* Формальная логика на этот вопрос дает, казалось бы, только один утвердительный ответ: закон затем и издан, чтобы его применять. «Юристы», однако, рассуждают иначе и отвечают: нет, не может и не должен быть применен. В споре двух точек зрения, выраженных в ответах на этот вопрос, и заключается существо спора между двумя системами права, двумя пониманиями права и двумя основными школами права, как они создались и нашли свое выражение не только в нашей, но и в буржуазной литературе права.

Исходными пунктами тех теорий, которые дают отрицательный ответ на указанный вопрос, являются следующие основные, уже чисто политического характера, положения: 1) никто не может быть покаран за преступления, относительно которых не знал и не должен был знать, в силу отсутствия соответствующего закона, о том, что они запрещены, и 2) государство обязано точно указать населению, что оно считает преступным и что оно не считает таковым; только в этих условиях возможна действительно правовая атмосфера и действительно правовое (т. е. основанное на законе и праве) общественное бытие. Иначе нет права, а лишь произвол и бесправие — так отвечают одни.

Обе эти предпосылки нашли свое классическое выражение в известном принципе, формулированном еще со времен римского права: nullum crimen sine lege, или nullum crimen — nulla poena, т. е. нет преступления, если нет карающего закона. Этот принцип был воспринят и еще более выпукло выражен затем почти всеми буржуазными законодательствами в известной формуле, определяющей вообще, что́ есть преступление. «Преступление — согласно этой формуле — есть то, что запрещено законом под страхом наказания» (употребляя терминологию классической школы).

Уже из приведенных формулировок совершенно ясен, однако, *политический смысл* как обеих этих формул, так и всей разбираемой теории. Она явилась не чем иным, как типичным выявлением идей буржуазно-демократического государства, а следовательно, и буржуазно-демократического процесса, в том его историческом содержании, о котором мы, как об орудии борьбы против произвола

судов абсолютной монархии, говорили выше. В развернутом виде обе эти формулы заключают в себе идею равенства всех перед законом — все одинаково должны подчиняться *одинаковому для всех* закону — и идею: нет закона, нет и преследования за совершенное преступление.

Конституционно-правовой смысл, вкладываемый в эту формулу, является таким образом первым моментом, который мы должны отметить при анализе указанной формулы. Однако этим политический ее смысл далеко не исчерпывается. Марксизм может понять и объяснить ту или другую правовую формулу, исторически анализируя ее происхождение, но исторического объяснения факта еще недостаточно для объяснения того, почему вдруг некоторые — казалось бы, имеющие только теоретическую цену — формулы вдруг внезапно оживают и получают значение *боевого орудия и политической злобы дня.*

В настоящий момент формула nullum crimen упорно защищалась и защищается как буржуазной юриспруденцией, так и нашими «осоветизировавшимися» буржуазными юристами как норма, которая должна найти обязательное применение и в советском уголовном законе. В защиту этого последнего аргумента выдвигаются следующие положения. Советское государство *есть также государство правовое*: следовательно, оно также должно применять эту формулу — первый аргумент. Советское государство не может отказаться от принципа, являющегося культурным достижением, аксиомой для либерально-буржуазного права, — таков второй аргумент.

Этим обоим аргументам мы противопоставляем прежде все диалектический метод анализа явлений. В эпоху революционных потрясений, в эпоху революционной ломки старых общественных отношений, в эпоху построения новых общественных отношений формы борьбы старого общества против принципов нового чрезвычайно разнообразны. И нет и не может быть поэтому такого положения; иначе, как метафизическим, нельзя назвать такое утверждение, что законодатель может и *должен предусмотреть в Уголовном кодексе все до одного проявления классовой борьбы, какими по существу в эпоху революционной ломки представляются преступления.* Исходя из этих соображений, политически неосторожным, нецелесообразным и прямо глупым явилось бы со стороны господствующего класса связать себе руки торжественным обещанием преследовать только за те действия, которые он заранее предусмотрел в законе. Поскольку классовая солидарность и единство классо-

вых интересов трудящихся толкают их на одинаковое поведение в отношении тех или иных норм, утверждаемых и издаваемых рабочим же классом, нет ни малейшего основания полагать, что жесткие карательные нормы отразятся главным образом на трудящемся классе, а с другой стороны — нет никакого основания полагать, что представители бывших господствующих классов, ныне борющихся против господства пролетариата, не будут изыскивать таких форм для своей деятельности, которые, имея одну цель — нанесение ущерба новому общественному порядку, стремились бы одновременно избегнуть установленных карательных граней.

Исходя из этого, формула nullum crimen уже из одной осторожности не может быть воспринята уголовным правом нового класса, как руководящая и обязательная норма.

Вот та совокупность возражений, которые выдвигают против формулы nullum crimen советские уголовные политики, и совокупность тех аргументов, которые являются основными и принципиальными для понимания существа уголовной репрессии как средства борьбы против социально-опасных явлений. Нет ни малейшего сомнения, что с этой точки зрения формула nullum crimen не может быть нами ни принята, ни проведена в законе. Исходя из этих положений, советское уголовное право принципиально поэтому отвергает теорию nullum crimen, отнюдь не считая ее единственно исчерпывающей и единственно возможной теорией применения уголовных законов.

До сих пор мы ставили вопрос о разбираемой нами 1-й части ст. 3 исключительно лишь теоретически, анализируя, прежде всего, логически формальное, а затем историческое происхождение и политическое существо этой формулы. Этим мы, однако, не давали прямого ответа на вопрос о том, какой же мыслим выход из этого положения, как равно не давали ответа и на то, каким образом теория советского процессуального права нашла все же возможным включить в «основы судопроизводства» формулу, которая в ее текстуальном выражении не может быть понимаема иначе, как формула, равносильная nullum crimen, или как формула, по меньшей мере дающая основание так толковать эту статью.

Должно отметить, что наши законодатели допустили здесь прямую оплошность. Ст. 3 в той редакции, какую она имеет сейчас, заимствована из ст. 2 УПК 1922 г. Эта же последняя была построена либеральными юристами первоначально как чисто «техническая» формула, и, как таковая, она не вызывала возражений. Лишь впослед-

ствии, когда на этой «технической» формуле наши досужие теоретики и осоветизировавшиеся либеральные профессора начали проводить принципы формулы nullum crimen, только тогда советское уголовное право заметило эту ошибку, и тогда была внесена в редакцию Уголовного кодекса знаменитая ст. 10 об аналогии, которая затем была специально повторена в ст. 5 «Основ судопроизводства». Поэтому, чтобы выявить действительные грани и пределы понимания ст. 3, она должна быть рассмотрена лишь параллельно со ст. 5 «Основ». Последняя же текстуально гласит:

«Судебные органы не вправе отказать в принятии к своему производству или прекратить уголовное преследование в отношении общественно-опасного деяния на том основании, что в уголовном законе не указано признаков этого деяния, а также под предлогом неполноты, неясности или противоречия законов».

Вот в какой статье лежит действительное понимание советским уголовным правом и советским процессуальным правом пределов применения законов и основных принципов процессуальной политики наших судов. *Общественная опасность деяния должна быть единственным критерием при применении процессуальных и уголовных законов.* Если суд признает то или другое действие опасным, он должен рассмотреть его даже при отсутствии специального закона. Как он должен поступить при этом, об этом будут говорить в свою очередь уже не статьи «Основы судопроизводства», а непосредственно статьи уголовного материального права Союза в порядке указаний ст. 3 (об аналогии) [1]).

Из изложенного ясны те и теоретические и практические соображения, в силу которых ч. 1 ст. 3 отнюдь не может быть понимаема в смысле единого исчерпывающего принципа и исчерпывающего указания судам о порядке применения уголовных законов.

Если, однако, ст. 5 своим содержанием поправляет в должном направлении ч. 1 ст. 3 и этим нейтрализует то неверное толкование, которое дают этой статье буржуазные теоретики, то в совершенно ином положении находится ч. 2 этой ст. 3, в отношении которой дальнейшие статьи уже не знают никаких ограничений и изъятий и которая, тем не менее, представляется нам в такой же мере непра-

---

[1]) На этом основании быть может правильнее было бы вообще перенести ст. 5 и во всяком случае ст. 3 в „Основы материального уголовного права“, или наоборот. Но, рассматривая памятник как он есть, мы, конечно, можем лишь высказать это соображение и должны проанализировать эту статью сейчас.

вильной или, по меньшей мере, спорной по существу, как и первая часть.

«Законы, отменяющие вовсе применение мер социальной защиты к данному деянию или смягчающие эти меры, имеют обратную силу», — говорит эта ч. 2 ст. 3. Какой прямой смысл — теоретический, практический и политический — этой 2-й части? Практически *это есть амнистия преступника за совершенные им преступления по случаю того, что затем, после совершения преступления, наступил закон, отменяющий преследование этих преступных действий.* Какие мотивы могут быть за такую амнистию, прежде всего логические, а затем теоретические и политические?

Начнем с политических соображений. Политический смысл в этом положении трудно усмотреть. Если преступник совершил преступление, скажем, спекуляцию с той или иной валютой или нарушению законов о труде в период, когда существовали жесткие нормы, продовольственные и иные, — в 1918, 1919 и 1920 гг., — почему в 1921 г., в период отмены этих жестких продовольственных норм и начала новой экономической политики, этот преступник должен быть амнистирован? Разве от этого он стал менее социально-опасным? Разве доказательством его социальной опасности по отношению к новому порядку, его установки по отношению к новому строю не может явиться факт совершения им этих преступных действий? Разве тот факт, что раскрытие этого преступления произошло лишь через некоторое время (для этого существует специальный закон о давности); может повлиять на оценку его социальной опасности?

На все эти вопросы мыслим только один отрицательный ответ.

Из каких же соображений может быть дан положительный ответ? Только из тех же, приведенных выше, соображений либо формально, либо либерально-демократического порядка — раз закон отменен, следовательно он действовать не может; и никого нельзя преследовать за то, что сейчас законом признается не подлежащим преследованию.

Других оснований, кроме этого формально-правового основания, тут привести нельзя. Обосновывать же так—значит не только стоять на точке зрения фетишистского понимания буквы закона, но прежде всего значит отказаться вообще от исторического подхода к общественным явлениям, тем более от исторического подхода в период революционной классовой борьбы, в период строения нового общества, во-первых, и от критерия социальной опасности, во вторых.

И из теоретических, и из политических, и из практических соображений мы должны поэтому признать неправильной ч. 2 ст. 3 «Основ», и лишь соображения своеобразной жалости, милости к преступнику могут быть признаны аргументами за сохранение сейчас этой 2-й части. «Твое, мол, счастье, что теперь этот закон отменен; твое, мол, счастье, что сейчас по закону тебя за него нельзя преследовать, что слишком поздно раскрыто твое преступление — иди и больше не греши». Других аргументов здесь найти нельзя.

Однакоже вторая половина этой статьи делается еще более невыдержанной, если мы будем толковать ее не только логически, но и «юридически», т. е. стремиться понять не только то, что в ней сказано, но и то, что в ней не сказано, чего в ней прямо нет. А вытекает из нее следующее: *закон, утверждающий более суровую меру социальной защиты*, чем та, которая была в законе указана в момент совершения преступления, *также не может быть применен* к совершившему это преступление, если рассмотрение дела наступило при наличии нового, более сурового закона. Ибо сказано в этой части статьи, что лишь «законы, отменяющие вовсе применение мер социальной защиты... или смягчающие эти меры, имеют обратную силу».

Спрашивается: насколько правильно это утверждение? Мы не думаем, чтобы можно было обосновать его правильность. Если законодатель, т. е. господствующий класс в целом, признал, что данное преступление по своему социальному удельному весу гораздо опаснее, чем он считал раньше, и нуждается в применении более суровой меры социальной защиты, то что может помешать ему применить по отношению *к действию, подходящему по формальному признаку* к этому преступнику, новый, более суровый закон? Только то, что преступник не знал о том, что будет издан новый закон. Но он знал о том, что это деяние запрещено? Знал.

Стать на иную точку зрения — это значит стать на точку зрения *возмездия*, на точку зрения построения Уголовного кодекса на основании скрупулезного, как на аптекарских весах, отмеривания «коемуждо по делам его», а не на точку зрения борьбы с социальной опасностью. Ибо если вообще разделение мер социальной защиты на более и менее тяжкие может быть оправдано только соображениями общего предупреждения, то этими соображениями общего предупреждения отнюдь уже нельзя обосновать применение в момент, когда данное явление считается более опасным, менее жестоких мер социальной защиты, чем те, которых требует установленный для этого в настоящее время закон.

Вот почему мы полагаем, что и ч. 2 ст. 3 также нуждается в своем коренном изменении. Наиболее целесообразно было бы или вовсе исключить эту 2-ю часть, или, по меньшей мере, формулировать ее следующим образом:

«Законы, отменяющие вовсе применение мер социальной защиты к данному деянию, или смягчающие эти меры, равно как и устанавливающие более жесткие меры, применяются судом в каждом конкретном случае в зависимости от социальной опасности данного лица».

Это было бы, нам кажется, наиболее правильным выходом из положения.

Этой «еретической» формулой мы позволяем себе закончить наш анализ ст. 3 «Основ судопроизводства».

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Порядок и условия возбуждения уголовного преследования.

Ст. ст. 4 и 5 являются первыми чисто процессуальными статьями «Основ уголовного судопроизводства» Союза ССР и союзных республик. Они определяют собой *исходные моменты* начала всякого уголовного дела, отвечая на вопросы, *кто* может по советским законам возбуждать уголовное преследование и как, каким порядком оно возбуждается, соответственно указывая и возможные изъятия из этого порядка.

На эти два вопроса дает ответ ст. 4. Ст. 5 посвящена разрешению того же вопроса, но в отрицательной его формулировке. Она отвечает на вопрос, при каких условиях во всех случаях невозможно возбуждение уголовного преследования. Попутно обе эти статьи разрешают ряд конституционных проблем, разграничивая компетенцию в этой области Союза и союзных республик по законодательному регулированию этих процессуальных моментов.

Мы рассмотрим содержание этих статей последовательно с трех точек зрения, причем этот метод примем как руководящий при анализе и последующих статей: с точки зрения, прежде всего, их логического содержания — выяснения этого содержания как такового и критики этого содержания с точки зрения его целесообразности, поскольку оправданным или не оправданным таковое оказалось на практике; затем — с точки зрения политического значения этих статей в смысле соответствия их не только соображениям и целям судебной техники, но и, прежде всего, политическим задачам, которые

преследует пролетарская власть; и, наконец, со специальной, узко конституционной точки зрения — в смысле проверки правильности или неправильности того водораздела, который проводится этими статьями между законодательными полномочиями Союза и союзных республик.

Конечно, такое последовательное разграничение этих точек зрения является до известной степени искусственным, поскольку все они, в особенности первая и третья, должны быть подчинены основной точке зрения политической целесообразности, хотя бы и в ущерб в известных случаях соображениям целесообразности техники и соображениям юридической правильности в смысле формального соответствия отдельным статьям Конституции. Но для удобства все же такой метод разграничения нам представляется принять вполне возможным.

Итак, прежде всего о логическом содержании этих статей.

Ст. 4 начинается с утверждения, высказанного ею в довольно абсолютной форме, что: «уголовное преследование возбуждается прокуратурой, судебными и иными органами Союза ССР и союзных республик в случаях и порядке, установленных законом». Отсюда вытекает первый «юридический» вывод, что уголовное преследование не может быть возбуждено иным порядком и в иных случаях, кроме тех, которые в законе указаны. Другими словами, сама возможность возбуждения уголовного преследования обусловливается тем, в достаточной ли мере полно и исчерпывающе действующий закон предусмотрел все возможные и целесообразные формы и способы возбуждения уголовного преследования. При допущении предположения, что закон не дал такого исчерпывающего перечня, логически правильным окажется вывод, что может случиться такое положение вещей, при котором чрезвычайно опасные по своему социальному содержания преступления могут оказаться забронированными от соответствующей реакции со стороны закона только потому, что уголовное преследование было возбуждено не надлежащим образом, т. е. способом, не указанным в законе.

Мы думаем все же, что ни один «советский юрист» не станет так «юридически» рассуждать. Закон, конечно, не хотел этого сказать, и мы привели это рассуждение лишь как образец того, как опасно иногда бывает применение этих юридических методов к толкованию нашей законности.

Однако, где-нибудь все же этот перечень должен быть указан. На этот существенно важный вопрос ст. 4, однако, не дает никакого

прямого ответа. Ее третий абзац вместо всего этого говорит: «Порядок возбуждения уголовного преследования определяется законодательством союзных республик». Этот абзац не говорит, правда, ничего о способах возбуждения дела (заявление потерпевшего, явка с повинной, постановление пленума суда и т. д.), но так как, однако, об этих способах не говорится вообще ничего и в других статьях, то следует заключить, что эти способы охватываются термином «порядок» и должны быть перечислены при указании порядка возбуждения дела и возбуждения по республиканскому, а не по союзному законодательству. Правда, в этом случае представляется совершенно неясным и непонятным, почему первый абзац говорит о том, что: «уголовное преследование возбуждается прокуратурой, судебными и иными органами Союза ССР и союзных республик». Об этом тоже можно было и должно было говорить при описании порядка возбуждения дел. Избежать это противоречие можно только путем того предположения, что по духу статьи к ведению республиканского законодательства законом отнесено описание лишь техники этого порядка. В «Основах» же уже дано этой статьей изложение наиболее существенных *моментов* этого возбуждения, подлежащих обязательному отражению в законодательстве каждой из союзных республик, причем взаимодействие этих основных, играющих процессуальную роль, факторов также отнесено к республиканской компетенции.

Мы полагаем, что именно так и только так можно и должно понимать ст. 4 «Основ судопроизводства». И именно поэтому закон употребил термин «уголовное преследование возбуждается», другими словами — взял на себя задачу указать при описании самого акта возбуждения дела, *на кого* возлагается формальная обязанность двигать судебную и обвинительную машину. *Прокуратура* здесь поставлена в первую очередь, *судебные органы* — во вторую (лучше было бы сказать — судебно-следственные) и иные органы — в третью (понимая под последними всех тех, кто считает своим долгом сообщать о совершенном или готовящемся преступлении). В связи с таким пониманием только и становится понятным второй абзац ст. 4, — о котором мы до сих пор не говорили, — что: «прокурор, следователи, судьи и органы дознания *обязаны принимать* к производству все заявления государственных органов, общественных организаций и частных лиц о преступлениях».

Общим итогом логического анализа первых трех абзацев ст. 4 явится таким образом установление следующих положений:

1) «Основы» считают необходимым установить для всех союзных республик, как обязательное правило, возбуждение дела прокуратурой, судебно-следственными и розыскными органами.

2) Рядом с этим закон считает обязательным для этих органов принятие всяческих заявлений о готовящемся преступлении или о совершенном преступлении и от всех иных органов и общественных организаций и частных лиц.

3) Определение порядка возбуждения уголовного преследования в смысле технических указаний, как именно это происходит, закон предоставляет компетенции союзных республик.

Побочным процессуального характера выводом из этих положений явится то, что формально-процессуальным моментом возбуждения дела, согласно смыслу ст. 4, будет *постановление о возбуждении дела* прокуратурой или судебно-следственными органами, *а отнюдь не самый факт подачи заявления и даже самый факт принятия (зарегистрирования) этого заявления*, иначе закон должен был бы указать, что уголовное преследование возбуждается не прокуратурой, а именно лицами, подающими заявления.

Таков логический смысл разбираемой статьи.

Что касается политического значения, то нельзя не признать его целиком правильным и соответствующим общему духу советского законодательства и трактовке задач суда, а тем более прокуратуры, как органа охраны государственного порядка. Должно именно так рассматривать поступающие заявления и вкладывать именно этот публично-правовой смысл в деятельность прокуратуры и суда. Предоставление частной инициативе возбуждения уголовного преследования, как правило, «Основы» исключают.

Исходя из приведенных утверждений, четвертый и последний абзац ст. 4 рассматривает вопрос о законодательной компетенции Союза и союзных республик с точки зрения тех изъятий, которые из общих правил устанавливает в данном случае закон в пользу Союза. Четвертый абзац ст. 4 в cooветствии с этим говорит:

«Порядок возбуждения дел особой важности и персональной подсудности членов Центрального исполнительного комитета и Совета народных комиссаров Союза ССР, дел по обвинению высших должностных лиц Союза ССР в преступлениях по должности и иных дел, подсудных Верховному суду Союза ССР, а равно дел, подсудных военным трибуналам, определяется в порядке общесоюзного законодательства».

Едва ли можно признать целиком обоснованными и даже правильно технически средактированными все указанные виды изъятий. Прежде всего, порядок возбуждения дел особой важности, подсудных Верховному суду Союза ССР, вовсе не определяется в порядке общесоюзного законодательства. Возбуждено это дело может быть в порядке республиканского законодательства в любом судебном и несудебном органе республики и лишь впоследствии только, пройдя уж ряд инстанций, как движущееся судебное дело, дойти до Верховного суда Союза ССР, где для принятия его к производству требуется специальное постановление Президиума ЦИК Союза.

Таким образом в такой форме приведенный текст статьи или неправильно средактирован, или не верен.

Также дело обстоит относительно персональной подсудности членов ЦИК и СНК и дел по обвинению высших должностных лиц Союза ССР в преступлениях по должности. И здесь должностные преступления высших должностных лиц Союза ССР отнюдь не должны все восходить на рассмотрение Верховного суда Союза ССР — во-первых, и во-вторых — возникать такие дела могут равным образом и в порядке республиканского законодательства. Другой вопрос — что впоследствии их оформление по подсудности Верховного суда Союза ССР должно пройти через ЦИК Союза, т. е., иными словами, по пути, предусмотренному общесоюзным законом. Это не исключает неправильности формулы статьи о порядке возбуждения дела. Надлежало бы лучше сказать: «Порядок направления дел особой важности и т. д... на рассмотрение Верховного суда Союза ССР определяется общесоюзным законодательством».

Более правильной будет здесь лишь та часть четвертого абзаца, которая говорит о подсудности военных трибуналов, поскольку *общесоюзный закон устанавливает,* что военные трибуналы разбирают дела по правилам того Уголовно-процессуального кодекса республики, на территории которой они действуют — с одной стороны, так же как другой общесоюзный закон устанавливает порядок изъятий из этих правил, в случае возбуждения уголовных дел против военных служащих и военного начальства, дознанческим аппаратом военного ведомства. И в том и другом случае мы имеем общесоюзный закон, хотя, как видим, они не исключают, а лишь предусматривают формы применения республиканского законодательства. Поэтому мы думаем, что весь четвертый абзац нуждается либо в соответствующем уточнении, либо, по меньшей мере, в новой редакции. Еще лучше было бы весь его опустить, добавив вместо

него к третьему абзацу ст. 4 следующее: «порядок возбуждения уголовного преследования определяется законами союзных республик, кроме случаев, когда таковые специально оговорены общесоюзным законом» (Положение о Верховном суде и др.).

В общем и целом должно, однако, признать, что ст. 4, как излагающая основные принципы возбуждения дела, построена правильно. В этом отношении она является статьей, вполне отвечающей основной идее всего памятника, — дать только основные, а не детальные указания для законодательства республик.

Этим качеством не может похвастаться ст. 6, определяющая, как мы говорили выше, условия, исключающие возбуждение уголовного преследования. Эта статья, наоборот, отличается чрезмерной детализацией, предусматривая все до одного поводы или причины обстоятельства, исключающие возможность возбуждения уголовного преследования. Республикам она оставляет лишь изъятие из этих общих принципов, будучи построена, таким образом, технически прямо противоположным ст. 4 методом.

Обращаемся и здесь, прежде всего, к рассмотрению ее логического содержания. Ст. 6 гласит: «Уголовное преследование не может быть возбуждено (вовсе), а возбужденное (по ошибке, недоразумению или в случае незнания исключающих возможность преследования обстоятельств) не может быть продолжено и подлежит прекращению во всякой стадии процесса» в следующих шести основных случаях:

Пункт «а» — «за смертью обвиняемого». Практический смысл этого основного условия, конечно, совершенно ясен и не требует особых комментариев, хотя примечание к ст. 6 указывает, что республиканское законодательство может знать изъятия из этого пункта «а».

Обращаясь к тексту Процессуального кодекса РСФСР, мы видим, что действительно там таковые изъятия существуют. РСФСРовский процесс знает случаи рассмотрения дела об умершем по ходатайству иных лиц, в целях так называемой реабилитации. Эта исключительная предусмотрительность УПК 1922 г. может быть оправдана стремлением его авторов написать УПК, предусматривающий всякие казусы, но едва ли она имеет практическое значение. Скорее такое упоминание должно быть признано навеянным либеральными соображениями дать возможность человеку, даже и после смерти, реабилитировать свое доброе имя и т. д., и т. д. Практическая ценность этого изъятия ничтожна.

Пункт «б» — «за истечением давности». Упоминание о втором обстоятельстве является, конечно, обязательным, поскольку «Основы

уголовного права» знают принцип давности. В свое время, при анализе «Основ уголовного права», мы подвергнем рассмотрению этот принцип как таковой, так как он нам представляется в достаточной мере спорным. Однако, поскольку материальное право принцип давности предусматривает, процессуальное право, конечно, должно было его отразить. Примечание к ст. 6 равным образом оставляет за законодательством союзных республик право устанавливать изъятия из пункта «б». Едва ли, однако, целесообразно было здесь устанавливать эту прерогативу союзных республик в такой формулировке. Поскольку никаких других ограничений «Основы» не предусматривают, постольку эти изъятия могут касаться и целой категории преступлений, и преступлений, совершенных в определенный период отдельным лицом или группой лиц, и вообще могут применяться настолько широко и настолько в то же время произвольно, что не могут не подвергнуть сомнению самый принцип давности в данной республике, тем более, что закон говорит о законодательстве данной республики, а не об УПК данной республики. Следовательно, здесь можно подразумевать и отдельные акты республиканских правительств по поводу того или иного конкретного дела, а не только процессуальные нормы, регулирующие действия органов суда.

Такая широта правомочий является чрезвычайно проблематичной с точки зрения логики ее практической целесообразности.

К числу совершенно бесспорных обстоятельств, как прекращающих самую возможность уголовного преследования, относятся обстоятельства, указанные в пп. «д» и «е» (мы пока опускаем пп. «в» и «г»).

Пункт «д» запрещает уголовное преследование «при отсутствии признаков общественно-опасных деяний в действиях, приписываемых обвиняемому», или, как говорится на юридическом языке, при отсутствии состава преступления. Не подлежит ни малейшему сомнению полная закономерность и правильность этого обстоятельства, как равным образом следует отметить принципиальную выдержанность терминологии, которую употребляет здесь законодатель, говоря о том, что уголовное преследование не может быть возбуждено и подлежит прекращению, если оно возбуждено не при отсутствии состава преступления, как сказал бы юрист, а именно при отсутствии признаков общественно-опасных деяний, т. е. при отсутствии того критерия, который единственно делает возможным уголовное преследование, ибо и при наличии формальных признаков пре-

ступных действий, предусмотренных законом, эти действия могут не носить характера общественно-опасных деяний. Об этом говорят знаменитые теперь примечания к ст. ст. 6 и 8 действующего Уголовного кодекса РСФСР редакции 1926 г. (их, между прочим, нет в «Основах»). Правильное указание на общественно-опасный характер деяний, как условие самой возможности преследования, отражает основную идею уголовного права Советского Союза и дает возможность согласовать эту формулу с редакцией нынешнего Уголовного кодекса.

Должно заметить, что абсолютный характер этого пункта «б» отмечен и примечанием к ст. 6, которая не упоминает об этом пункте в числе тех, из которых могут быть произведены изъятия республиканским законодательством. Конечно, никакое республиканское законодательство не может требовать уголовного преследования за что-либо совершенное, когда нет признаков общественно-опасного деяния, т. е. нет самого преступления.

Последний пункт «е» предусматривает невозможность уголовного преследования, когда на дороге такового стоят отдельные законодательные акты в виде акта об амнистии Центрального исполнительного комитета Союза ССР или центральных исполнительных комитетов союзных республик (по Конституции как те, так и другие обладают правом общей амнистии); или, наконец, акты о помиловании в отношении отдельных лиц или постановления о прекращении дел о них органов власти Союза и союзных республик в пределах предоставленных им полномочий. Логически этот пункт также должен быть признан совершенно правильным и в равной мере абсолютным в том же смысле, как и предыдущий пункт, т. е. как не терпящий никаких изъятий. В соответствии с этим примечание не знает изъятия и из этого пункта, хотя практически такая трактовка его может все же вызвать некоторое сомнение, ибо вполне мыслимо такое положение вещей, когда исключительная социальная опасность того или другого лица может поставить перед ЦИК союзных республик или даже перед ЦИК Союза вопрос о неприменении амнистии к тому или другому отдельному лицу, хотя формально акт амнистии, покрывающий его преступление, может уже существовать или, наоборот, может быть издан впредь. Оговорка о неприменении амнистии «впредь» — явление совершенно небывалое и невозможное в анналах западно-европейской юстиции — в условиях Советской республики может получить полное оправдание как вполне политически целесообразный акт.

В этом отношении подчинение всех остальных соображений политической целесообразности должно всегда приниматься нами как решающий критерий; мы такие акты имеем и в практике прошлых лет, и нет оснований отрекаться от этой практики в будущем. К сожалению, настоящий текст закона его исключает, и в случае необходимости Президиуму ЦИК Союза ССР придется использовать свои общие полномочия по верховенству над всеми изданными до сих пор законами для установления такого изъятия.

Особо обращает на себя внимание в том же пункте различие, которое текст закона устанавливает между актом амнистии как таковой и актом о помиловании в отношении отдельных лиц. Конечно, акт помилования или смягчения репрессии в отношении отдельных лиц есть также акт амнистии, и с этой точки зрения незачем было разделять эти оба акты. Разделение это проведено в целях чисто технического разграничения так называемой общей амнистии, охватывающей целые категории преступлений, от повседневной практики ЦИК и его Комиссии частной амнистии, рассматривающей сплошь и рядом дела по существу только в силу факта подачи просьбы о помиловании вне зависимости от какой-либо политической причины, диктующей общую амнистию. Особо, однако, закон упоминает *о постановлениях о прекращении дела*, что может не иметь ничего общего с помилованием вообще, во-первых, и, во-вторых, может иметь место до судебного приговора, когда еще отнюдь не решенным является вопрос, нужно ли будет вообще кого-либо миловать или процесс закончится для привлеченных оправданием. Политический смысл этого последнего упоминания определяется равным образом широкой практикой Президиума ЦИК Союза ССР и ЦИК союзных республик по прекращению дел в период следствия исключительно *по соображениям политического характера*. Целый ряд дел прекращается ЦИК и по мотивам явной бесцельности судебного производства, когда минимальна социальная опасность совершившего преступление, или ряд иных обстоятельств делает ненужным нормальное продолжение дела по мотивам простой практической нецесообразности его ведения. Последнего рода постановления, практикуемые и буржуазными законодательствами, буржуазная юстиция обыкновенно прячет, но это не заставляет советское законодательство следовать ее лицемерному примеру. То, что делает советская власть, она привыкла делать открыто.

Нам осталось рассмотреть теперь последние два пункта — «в» и «г», обусловливающие невозможность уголовного преследования,

являющиеся типичными процессуальными нормами и отнюдь не отличающиеся такого рода безусловностью, которой отличаются все разобранные выше причины. Недаром из обоих этих пунктов «Основы» знают изъятия в порядке республиканского законодательства, согласно примечанию к ст. 6, причем равным образом не знают никаких ограничений для республиканского законодательства при установлении этих изъятий.

Вопрос идет о довольно широкой категории дел, по данным статистики охватывающим почти 45% всех дел, рассматриваемых в народных судах, возникающих в порядке так называемых частных жалоб. Процессуальная практика Кодекса РСФСР знает для этих дел один момент, когда нормально начатый процесс, как правило, прекращается. Последнее имеет место, если до судебного приговора *произошло примирение потерпевшего и обвиняемого*. В этих случаях, как правило, суды РСФСР, а за ними и суды других республик, прекращают дело производством. Мотивы, которые диктуют такое решение,—те же, которые лежат в основе допущения вообще института так называемого частного обвинения. Если закон — а это он делает, как мы увидим ниже — вменяет суду в обязанность начинать судебное дело *лишь* по жалобе потерпевшего, то совершенно бессмысленно было бы отказать тому же потерпевшему в его согласии на примирение и прекращение дела, если он об этом заявит. Суды для населения, а не население для судов — таков основной принцип судебного строительства советской власти вообще. Из этого принципа вытекает, что в тех делах, в которых закон не считает необходимым пускать в ход суд, как орудие охраны общественного порядка, возбуждение и прекращение дела должно исключительно зависеть от доброй воли тяжущихся. Процесс РСФСР, в порядке изъятия из этого правила, знает лишь два случая, когда он исключает прекращение дела и примирение по взаимному соглашению сторон. Это — случай, если таковое соглашение наступает *после вынесения приговора*. В этом случае приговор остается в силе и приводится в исполнение независимо от желания тяжущихся.

Другое изъятие — случаи, когда, независимо от желания сторон примириться, суд как таковой или прокуратура считают необходимым, в интересах охраны общественного порядка, воспрепятствовать примирению и прекращению дела. Такое факультативное право суда закон превращает, однако, в обязанность по обвинению в изнасиловании и других половых преступлениях. Такое дело, раз начатое,

уже не может кончиться мирным исходом, хотя бы потерпевшая и соглашалась на примирение.

Такова практика РСФСР. Можно представить, быть может, и иные случаи изъятия. Функции суда как общественного института, охраняющего общественный порядок от имени общества в целом, и функции суда как подсобного орудия для граждан в разборе их бытовых споров и обид выявляются в этих изъятиях в достаточной мере выпукло.

Совершенно ничем не обоснованным представляется поэтому нам то умаление обеих этих функций обеими теоретически крайними точками зрения, которые по этому поводу существуют: с одной стороны — недопущение вовсе примирения на суде (судись, хотя этого потерпевшая сторона не хочет), с другой стороны — отрицание целесообразности судебного порядка разрешения этих бытовых дел, хотя бы потерпевший и обвиняемый желали судиться. Нельзя отрицать того, что в быту, в реальной действительности, пестрота реальных отношений должна быть компенсирована предоставлением возможности суду права решать дело иной раз независимо от желания сторон, исходя из принципа общего предупреждения, как нельзя, с другой стороны, и отказать гражданам в их праве *судом* разобраться в своих обидах.

Так и ставят вопрос «Основы», причем, устанавливая принцип допустимости примирения сторон, в отличие от всех других пунктов, ст. 6 практическое разрешение этой проблемы предоставляют целиком законодательству союзных республик. Абсолютный характер *этой причины* исключается поэтому целиком союзным законодательством. «Основы» прямо указывают: «за примирением сторон в случаях, предусмотренных республиканским законодательством». Должно отметить, что это единственный пункт из всех шести, который предусмотрен как подлежащий разрешению полностью республиканским Уголовно-процессуальным кодексом.

Это упоминание в самом тексте статьи делает, пожалуй, излишним упоминание о том же самом в примечании к ст. 6. Последнее должно быть признано вкравшимся сюда по ошибке.

Иначе, однако, ставит тот же вопрос пункт «г» ст. 6, *запрещающий возбуждение дела при отсутствии жалобы потерпевшего*, «кроме случаев, когда прокуратура признает необходимым возбудить дело по собственной инициативе». Этот пункт вносит частно-правовое начало в вопрос возбуждения уголовного преследования, ставя наличие жалобы потерпевшего как необходимое

условие для самого возбуждения дела. Едва ли можно признать целесообразным тот абсолютный характер, который имеет этот пункт в действующем тексте «Основ». Примечание к ст. 6 предоставляет республиканскому законодательству устанавливать лишь изъятие из этого принципа. Отсюда вытекает принципиальное положение, что некоторая категория дел должна быть допущена к суду лишь по жалобе потерпевшего. Нам представляется вполне целесообразным такое указание, и во всяком случае надлежит отвергнуть крайнюю точку зрения, требующую во всяком случае вмешательства суда. Наоборот, практика показала, что именно этого рода дела являются теми, которые засоряют суд, охватывая почти, как мы указали выше, 45 % всех разбираемых в народных судах дел. Они заставляют приводить в действие судебную машину в большинстве случаев по ряду мелких дрязг и пустяков, причем очень часто у судей и заседателей остается даже чувство некоторой озлобленности, когда в результате судебного разбора наступает либо примирение, либо прекращение дела, согласно статьи Уголовного кодекса о взаимных оскорблениях. Сутяги и склочники уходят из суда с тем, чтобы явиться на другой же день и заставить суд повторять вновь ненужную работу.

Именно такого рода практика чрезвычайно усилила за последнее время позицию тех товарищей, которые стоят за полную разгрузку судов от этого рода дел, путем ли передачи их своеобразным третейским и общественным судам, путем ли предоставления их на разрешение упрощенного судебного рассмотрения единолично судьей. Мы указали выше, почему мы против такого радикального разрешения этого вопроса; однако что-либо в этом отношении для этого рода дел нужно сделать, хотя бы для того, чтобы прекратить засорение ими судов. Одним из таких средств является, между прочим, идея запрещения кассационного обжалования приговоров по таким делам.

Со всем этим мы еще встретимся, когда будем говорить о процессе как таковом и кассационном рассмотрении.

Оговорка о невозможности прекращения дела в случае, когда прокуратура признает необходимым возбудить его по собственной инициативе, является всецело правильным логическим мотивом идеи, заложенной в самом институте прокуратуры. К сожалению, этот принцип не нашел как раз отражения в республиканском законодательстве, которое знает лишь запрещение в этих случаях прекращения дела по примирению сторон. Это — промах, который

должен быть исправлен в новых, переработанных Уголовно-процессуальных кодексах.

Примечание к ст. 6, как мы говорили выше, знает изъятие и из принципа, указанного в пункте «г». Точнее, однако, УПК этих изъятий не знает. Наиболее правильным было бы, как мы сказали выше, передактирование этого пункта с прямой ссылкой на законодательство союзных республик, что делало бы излишним упоминание о нем в примечании.

Так обрисовывается по «Основам» в ст. ст. 4 и 6 момент возбуждения уголовного дела.

Дальше уже следуют действия, определяющие судебное рассмотрение в виде так называемого предварительного расследования, о котором говорят ст. ст. 7, 8 и т. д., включительно по ст. 12.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

О предварительном расследовании преступлений.

Ст. ст. 7 и 8, определяя правила производства предварительного расследования преступлений, обязательные для всего Союза, употребляют термин «расследование», охватывая этим понятием все формы и виды такого расследования и, прежде всего, все те основные его формы и виды, которые существовали до сих пор и обозначались в процессуальном праве терминами: «розыск, дознание и предварительное следствие». На этом принципиальном объединении в нашем законе одним термином всех этих видов предварительного расследования следует поэтому, прежде всего, остановиться. Ибо это объединение отнюдь не случайность, а лишь закрепление в законе последовательно проводимого на практике взгляда на все эти виды расследования как на единый по своему существу процесс.

Секретный розыск как акт первичного расследования, секретно проводимого органами Народного комиссариата внутренних дел; дознание как совокупность первичных действий, производимых по горячим следам органами того же комиссариата уже не секретно, а активно, и предварительное следствие как квалифицированный вид систематически проводимого раследования суть лишь три различных вида единого по своему существу процесса. Такова основная идея, лежащая в основе факта объединения этих трех видов расследования одним термином.

Так ли смотрело на этот вопрос буржуазное законодательство и буржуазное процессуальное право? Далеко не так. Акты дознания

формально отличали от актов предварительного следствия настолько, что не придавали первым никакого значения на суде. Уголовный процесс РСФСР — наоборот: специальной статьей принципиально признает акты дознания достаточным материалом и дает суду формальное право не только признавать акты дознания равнозначащими актам предварительного следствия, но даже заменять вторые первыми. Эта идея единства всех этих трех видов, единства по существу производимых действий, и нашла свое выражение в ст. 7, в особенности во второй фразе этой статьи, указывающей, что «органами, производящими предварительное расследование преступлений, являются органы дознания, следователи и иные должностные лица, коим это предоставлено общесоюзными законами и законами союзных республик». Причем здесь не только разумеются, как явствует из текста, органы дознания и следователи в узком смысле, но и целый ряд иных учреждений и лиц, коим право производства дознаний предоставлено общесоюзными законами и законами союзных республик. Прежде всего это органы многочисленных инспекций, существующих по закону — торговой, промышленной, горной, инспекции труда, санитарной, водной и всякой иной. Сюда же должны быть отнесены и те должностные лица отдельных учреждений, которым, согласно процессуальным кодексам республик, может быть поручено производство первичных действий по установлению преступлений в отдельных ведомствах,— как правило, не имеющее ничего общего в своей повседневной работе с производством какого бы то ни было расследования. Наконец, сюда же должны быть отнесены ныне находящиеся в несколько обособленном положении, согласно законодательным актам, органы Наркомата РКИ, которые раньше всегда трактовались как первичные органы дознания.

Закон не упоминает здесь специально об ОГПУ, являющемся по степени и размаху предоставленных ему полномочий в полном смысле слова органом следствия. То, что «Основы» специально не упоминают о нем, ограничиваясь ссылкой на «иные органы», должно быть признано едва ли правильным. Во всяком случае степень его правомочий настолько широка, что лучше было бы сказать: «органы дознания, следователи, органы ОГПУ и иные должностные лица». Умолчание, оставляя неясным этот вопрос с точки зрения формального закона, только замазывает его, тем более, что в действующем законе РСФСР до сих пор имеется статья, формально относящая ОГПУ к органам дознания, что явно не верно.

В то же время ст. 11 «Основ» содержит примечание, говорящее об особых полномочиях ОГПУ на производство ареста, что уже одно оправдывает по меньшей мере упоминание в тексте ст. 7.

В этом случае абзац второй разбираемой ст. 7 был бы и точнее и исчерпывающее. Органами, уполномоченными на производство предварительного расследования преступлений (именно расследования, а не дознания и не следствия), явились бы таким образом уполномоченные — «органы дознания, следствия, ОГПУ и иные должностные лица, коим это предоставлено общесоюзными законами и законами союзных республик».

Закон содержит, однако, в указанных двух абзацах не только перечисление органов, на которых возложено производство расследования преступлений. В своем первом абзаце ст. 7 говорит сверх того о том, что предварительное расследование преступлений производится, кроме того, под надзором прокуратуры. Этим закон подчеркивает единство действий по существу не только между органами расследования, но и между ними и прокурорским надзором. Единая цепь различных по полномочиям агентов единой государственной власти по борьбе с преступлениями дополняется и замыкается этим упоминанием: секретные агенты, осведомители, наружные милицейские, народные следователи, следователи ОГПУ, старшие следователи при губсудах, следователи по важнейшим делам — все это завершается прокурором, замыкающим в каждом отдельном случае расследование преступлений утверждением ли обвинительного заключения, просмотром ли актов ревизий и актов дознания, или просмотром следственного производства. Таков ряд звеньев, устанавливаемых здесь законом, к сожалению лишь недостаточно четко вскрывающим и уясняющим их внутреннюю связь.

Разрешение этого вопроса в указанном направлении особенно выпукло выявлено, как известно, на V съезде деятелей юстиции, по предложению которого последующей новеллой УПК была закреплена и уточнена связь прокуратуры со следствием и связь следствия с органами дознания путем своеобразного переплетения функций последних друг с другом. Так же, как прокурор явился надзирающим над следователями, следователи были поставлены этой новеллой надзирающими за органами дознания. То, однако, что верховный контроль прокуратуры должен явиться превалирующим, нашло свое отражение в тексте статьи, указывающей, что расследование во всех его формах производится под надзором прокуратуры. Здесь заложено даже еще больше: надзор прокуратуры не может быть

реальным без возможности непосредственно влиять на личный состав надзираемых. Не только непосредственное указание прокуратуры обязательно для следствия, но обязательны и выводы прокуратуры о степени пригодности тех или других из этих подчиненных ей агентов расследования.

Вот что логически вытекает из этой формулы. Эти логические выводы нашли свое наиболее выпуклое и далеко идущее выражение в требовании, предъявленном на том же V съезде деятелей юстиции об организационном подчинения следователей прокурорскому надзору. Частично мы рассматривали этот вопрос при анализе «Основ судоустройства». Должно отметить, что сейчас этот вопрос вновь получил остроту, и думаем мы, что в ближайшем будущем нужно логически будет притти к разрешению его в смысле организационного подчинения следователей прокуратуре.

Одновременно всплыл, однако, и другой вопрос: если возможно подчинение следователей прокуратуре, если органы дознания в оперативном отношении подчинены следователям, то не менее целесообразным представится и организационное подчинение органов дознания следователям, в частности в порядке создания *специальной судебной милиции*, на которую должно быть возложено производство первичного дознания. Этот вопрос вызвал в свое время на страницах юридической печати «Еженедельника советской юстиции» большую дискуссию со стороны ряда практических работников. Он нашел свое отражение сейчас в работах по переработке УПК. По существу трудно спорить против правильности идеи судебной милиции, хотя с не меньшим основанием там можно было выставить претензию о подчинении прокуратуре не только судебной милиции, но, в свою очередь, и уголовного розыска. Правильное построение системы, пожалуй, должно было мыслиться именно таким образом. Конкретно, однако, эта проблема упирается в финансовую проблему — в возможности и государственного и местного бюджетов — и как таковая подлежит разрешению в каждом отдельном случае отдельными республиками самостоятельно. В зависимости от этих обстоятельств, вероятно, эта проблема и будет разрешена.

Последний абзац ст. 7 разрешает конституционный вопрос о пределах полномочий республиканского и союзного законодательств в области разрешения вопросов техники процессуального следствия. Всю совокупность этих вопросов «Основы» предоставляют республиканскому законодательству, говоря, что «пределы полномочий органов дознания и следствия (т. е. вопросы о взаимоотношениях под-

чинения или неподчинения и формах надзора следствия и наружной милиции), порядок принятия мер пресечения и порядок надзора за ними со стороны прокуратуры (вопросы процессуальные и организационные)—определяются уголовно-процессуальными законами союзных республик в соответствии с нижеследующими статьями».

Оставляя здесь широкий простор творчеству республиканского законодательства, тем не менее по ряду вопросов технического и процессуального характера, касающихся наиболее существенных моментов, последние определяются все же в общесоюзном порядке в качестве общеобязательных законодательных актов. Ниже мы увидим, насколько полно и исчерпывающе здесь изложено то, что именно должно быть отнесено к «Основам», и все ли, действительно относящееся к «Основам», здесь отражено.

Раньше, однако, чем перейти к анализу этих «нижеследующих статей», мы закончим разбор ст. 7. Отметим здесь еще одно обстоятельство. Техники как таковой дать ст. 7 не обещает, она обещает ответить лишь на вопросы о *пределах полномочий* органов дознания и следствия, *о порядке принятия мер пресечения и о порядке надзора за этими последними со стороны прокуратуры*. Только в этих трех областях, видимо, сочли необходимым авторы «Основ» нормировать ряд принципиальных положений. Нельзя не признать, что этого во всяком случае недостаточно. Не только пределы полномочий органов дознания и следствия, не только порядок принятия мер пресечения и порядок надзора за ними со стороны прокуратуры являются важными и подлежащими разрешению вопросами, но может и должен быть в «Основах» прежде всего расрешен основной вопрос о строении самого процесса предварительного следствия. На каком начале строится или должен быть построен процесс предварительного следствия — на началах ли гласности или негласности, состязательности или розыскном начале, — на этот основной вопрос должны были ответить «Основы».

В дальнейшем мы увидим, что ответа на этот вопрос «Основы» так и не дают, предоставляя его целиком ведению союзных республик. Это — коренной дефект, который надлежит исправить.

О чем же говорят последующие статьи, определяющие то, что Союз счел необходимым определить в качестве общеобязательных норм. Об этом, прежде всего, говорит ст. 7, устанавливающая обязательность производства предварительного следствия, как правило, «по всем делам, рассматриваемым губернскими и соответствующими им судами, а равно Верховным судом Союза ССР и верховными судами

союзных республик, а также высшими и главными судами автономных республик в качестве судов первой инстанции».

Такова первая принципиальная норма, касающаяся техники производства расследования преступления. Наиболее квалифицированный вид этого расследования закон делает обязательным для судов, рассматривающих наиболее важные (наиболее опасные) преступления. Целесообразности этой нормы нельзя не признать, как нельзя одновременно не признать и правильности той осторожности, которую в этом случае обнаруживает закон, утверждая эту норму как правило, но отнюдь не как абсолютную форму, допуская исключения, видимо, и в ту и в другую сторону, т. е. рассмотрение дел без предварительного следствия в отдельных случаях губернскими судами и рассмотрение дел с предварительным следствием в отдельных случаях народными судами. Именно эта мысль выражена, хотя в более узкой форме, во втором абзаце ст. 8, говорящем о том, что: «Обязательность предварительного следствия по делам других категорий, рассматриваемым в судебных учреждениях союзных и автономных республик, может быть устанавливаема в порядке законодательства союзных республик». Этот абзац предусматривает таким образом случаи, когда предварительное следствие делается обязательным и по делам, рассматриваемым в народных судах. Он не предусматривает, однако, к сожалению другие возможности, именно — необязательность предварительного следствия по делам, рассматриваемым в губернских и соответствующих им судах. Эта другая возможность не исключается лишь тем, что ст. 7 содержит оговорку «как правило», что, как мы уже упоминали выше, подразумевает возможность исключения. Других норм по существу ст. 8 не дает вовсе, и должно отметить, что эта статья исчерпывает все те общеобязательные нормы, которые счел необходимым дать закон в области предварительного следствия.

Дальнейшие нормы ст. ст. 9, 10, 11 и 12, все сплошь посвященные одному по существу техническому вопросу о порядке принятия такой меры пресечения и надзора за ней со стороны прокуратуры, как лишение свободы, отличаются в силу этого непропорциональной растянутостью по сравнению со всем законодательным памятником и детальностью; основной же вопрос о принципах строения следственного производства оставлен таким образом неразрешенным. Вывод отсюда может быть сделан только один — в этой области республиканское законодательство ничем не ограничено, и поэтому оно может построить предварительное следствие на каких угодно принципах.

Таков, однако, только юридический вывод. Политически подобное положение вещей, конечно, ни в коем случае нормальным быть признано не может.

Это мы должны сейчас запомнить, чтобы вернуться к этому вопросу уже тогда, когда будем рассматривать строение самого процесса по «Основам». Пока из текста закона можно сделать лишь косвенный вывод, что состязательный принцип предварительного следствия не допущен законом. Этот вывод можно сделать из первой фразы текста второго абзаца ст. 18, где указано, что «обвиняемым предоставляется право иметь при производстве дела в суде защитников». Отсюда можно было бы сделать косвенный вывод о том, что до производства дела в суде на предварительном следствии обвиняемые этого права, видимо, не имеют. По действующему кодексу так и выходит. Поскольку, однако, ни один из процессуальных кодексов республик не знает допущения защиты на предварительном следствии, это не значит, что этого принципа принципиально не знает вообще советское законодательство. Уже декрет о суде № 1 знал статью, которая допускала принципиально защиту и в стадии предварительного следствия. Наоборот, последующее законодательство сознательно исключило такое допущение. Вновь этот вопрос всплыл сейчас при переработке УПК.

При рассмотрении вопроса о защите вообще при анализе ст. 18 мы еще раз коснемся этого вопроса и исчерпаем его полностью. Прямое молчание по этому вопросу «Основ» и, следовательно, предоставление свободы в этой области законодательствам союзных республик — вот все, что мы пока должны констатировать.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

О лишении свободы в порядке предварительного расследования.

Ст. ст. 9, 10, 11 и 12 «Основ» все сплошь посвящены вопросу о порядке применения мер пресечения в стадии предварительного расследования преступлений органами, производящими это расследование.

Если при анализе ст. ст. 7 и 8 мы указывали, что их коренным недостатком является слишком общий характер, в частности то, что благодаря слишком общей формулировке эти статьи оставляют без ответа актуальнейшие вопросы строения предварительного следствия, например вопрос о процессуальных правах обвиняемых на защиту на предварительном следствии, то к ст. ст. 9, 10, 11 и 12 можно

с полным основанием предъявить обратный упрек в излишней детализации этими статьями лишь одного момента, лишь одного вопроса из тех, которые подлежат разрешению при предварительном расследовании преступлений, именно — вопроса о допустимых пределах применения лишения свободы в порядке принятия мер пресечения. Не спасает эти статьи от этого упрека и тот факт, что они касаются такого важного в правовом смысле момента, как лишение свободы. То, что именно этому вопросу «Основы» посвятили целых четыре статьи, говорит, конечно, за то, что в глазах законодателя вопрос о лишении свободы представлялся имеющим большое значение. Более того: чрезвычайно детальная регламентация этого вопроса именно в «Основах» указывает на то, что этому вопросу законодатель придавал не только значение вопроса чисто технического, но и значение вопроса принципиального в известном смысле, конституционного, стремясь таким путем создать твердые правовые нормы и правовые рамки, в которых могла бы протекать деятельность каждого из граждан. Однако с тем же основанием, можно было в таких случаях потребовать от законодателя, чтобы он таким же конституционно-правовым путем определил и другие правовые гарантии тех же граждан в порядке расследования их преступлений, поскольку не только факт лишения свободы, но и самый факт привлечения к суду и следствию является в достаточной степени значимым для каждого из граждан.

Между тем вопрос о правах подсудимых на предварительном следствии, по которому, как одному из важнейших вопросов теории и практики процесса, следовало бы дать в «Основах» принципиальные указания, обойден полностью. «Основы» ограничились здесь только отсылкой интересующихся к законодательству отдельных республик, установив лишь обязательность предварительного следствия по более сложным делам, подсудным губернским и соответствующим им судам. Тем не менее вопрос о порядке применения в качестве меры пресечения лишения свободы разработан довольно детально.

Как же он разрешается сейчас по «Основам»? На первом месте в этом отношении идет ст. 9, устанавливающая принципиальный декларативный тезис, по методу своего построения звучащий скорее как конституционная норма, чем норма чисто процессуальная. Ст. 9 гласит: «Никто не может быть лишен свободы иначе, как в случаях и порядке, указанных в законе». Самый текст этой статьи обнаруживает ее происхождение. Именно этими терминами была формули-

рована идея неприкосновенности личности в знаменитых основных законах царской конституции 1906 г. Так же формулирован этот же принцип в судебных уставах 1864 г., откуда он был перенесен редакторами РСФСРовского уголовного процесса 1922 г. в текст советского закона, откуда затем перекочевал и в текст «Основ» 1924 г.

Спрашивается, какой практический смысл имеет помещение этой статьи как процессуальной нормы? Мы думаем, что — поскольку иного практического значения, кроме декларативного, помещение ее в «Основы» иметь вообще не может, в силу чрезвычайной общности той формулы, в которой эта идея выражена — она может быть без особого ущерба исключена из «Основ». Другой вопрос, что этим помещением ее в «Основы» законодатель хотел прокламировать идею личной неприкосновенности. Едва ли, однако, можно полагать, что принятая формула в этом отношении является наиболее удачной. Бланкетные формулы вообще неудачны; бланкетные же формулы в таких основных конституционных нормах — неудачны дважды, ибо они всегда являют собой ширму, за которой всегда остается возможность фактически проводить затем сепаратно частные «не принципиальные» законные нормы, сводящие к нулю с такой помпой декларированную неприкосновенность личности.

С точки зрения редакции и с точки зрения существа следует признать поэтому неудачной эту ст. 9. Во всяком случае более целесообразно было бы вместо бланкетной ссылки на другой закон точнее указать условия, при которых допускается лишение свободы. Поскольку же именно этот вопрос является предметом содержания нижеследующих ст. ст. 10, 11 и 12, вообще отпадает смысл декларативного помещения ст. 9 в «Основы» как статьи процессуальной, а не конституционной. Отсюда следует сделать вывод, что ее помещение надо признать скорее стремлением со стороны редакторов УПК 1922 г. перенести и отразить в советском законе те конституционые права и нормы, заимствованные из буржуазного права, которые им хотелось видеть воплощенными в жизнь.

Впрочем, это для них являлось маленьким утешением, поскольку основные конституционные нормы (ст. 23 Конституции 1918 г. и ст. 14 Конституции редакции 1925 г.) оставляют право за Российской социалистической федерацией советских республик в целом, «руководствуясь интересами трудящихся, лишать отдельных лиц и отдельные группы лиц прав», которыми последние пользуются *в ущерб интересам* социалистической республики. Поэтому стремле-

ние либеральных редакторов таким путем гарантировать неприкосновенность личности путем норм, помещенных нелегально в «Основы» процессуального права, должно быть признано покушением заведомо с негодными средствами.

Гораздо более важными, с точки зрения разрешения процессуальных проблем, являются поэтому конкретные указания ст. ст. 10, 11 и 12, трактующие специально о порядке применения лишения свободы в качестве меры пресечения. Здесь закон действительно устанавливает жесткие нормы, являющиеся, в силу факта помещения в «Основы», общеобязательными для всех республик. Эти нормы, пожалуй, даже слишком четки и слишком жестки. Во всяком случае практика, как мы увидим ниже, не успевает управиться с делами при точном соблюдении этих норм. Эти нормы следующие: закон ограничивает, прежде всего, категории дел, по которым может быть вообще в качестве меры пресечения принято лишение свободы. Такими делами являются лишь дела о тех преступлениях, за которые законом предусмотрено лишение свободы в качестве меры социальной защиты. Это — первое условие для возможности применения предварительного лишения свободы. По всем, следовательно, делам, по которым законом не предусмотрено лишение свободы или более тяжкая мера социальной защиты (расстрел), лишение свободы допущено быть не может ни при каких условиях.

К этому основному ограничению закон добавляет затем следующие три условия. Допустить лишение свободы в порядке меры пресечения можно лишь «при наличии достаточных оснований полагать, что обвиняемый скроется от следствия или суда» (о разумности этого ограничительного условия, конечно, спорить нельзя!); или что «пребывание обвиняемого на свободе будет препятствовать расследованию», — тоже совершенно правильное и достаточное основание для применения такой меры социальной защиты, как лишение свободы.

К этим двум условиям, которые имелись в Уголовно-процессуальном кодексе РСФСР еще в 1922 г., затем закон добавил в 1924 г. еще третье условие: «если нахождение обвиняемого на свободе будет признано общественно-опасным». Закон ничего не говорит более детально по поводу этого последнего основания. Нельзя по существу не признать, что и это основание также должно быть признано достаточным. Социальная опасность преступника, совершившего убийство, достаточно доказывается фактом совершения убийства. Правда, нет никакого основания полагать, что данный убийца завтра совершит новое преступление: однако могут быть все основания

думать, что рецидивист-расхититель чужого имущества совершит новое расхищение, что растратчик совершит новый подлог и т. д. Наконец, бывают случаи, когда общественное мнение может быть настолько возбуждено фактом и характером преступления, что оставление преступника на свободе может быть общественно-опасным, прежде всего, для него самого, или, наконец, ареста его может настойчиво домогаться общественное мнение в целях общего предупреждения. В этих случаях и должно притти на помощь указанное третье основание.

Для борьбы, однако, с произвольным и слишком широким применением этого основания в инструкционном порядке (а в РСФСР и в порядке законодательном) определены те статьи Уголовного кодекса (т. е. те преступления), по которым только и может быть применено это третье обоснование лишения свободы. Таким образом РСФСРовский закон добавил к этим трем ограничениям еще четвертое: для всех этих трех оснований он установил ограничительную возможность — применения лишения свободы лишь по определенным категориям дел.

Как должно отнестись по существу ко всем этим ограничениям? Нам думается, что против них ничего нельзя возразить. Метод заключать под стражу в порядке предварительного лишения свободы чуть ли не все 100% привлеченных и привлекаемых лиц по всем категориям дел был обычным для первых лет развития пролетарской юстиции. Для борьбы с широким и безудержным применением и были установлены жесткие нормы ст. 9 в качестве основной союзной нормы. Сыграли, конечно, здесь свою роль и те (конституционные) мотивы, которые продиктовали текст ст. 9. Главное значение имели все же практические соображения. Мы позволяем себе теперь особо остановиться на конечной фразе первого абзаца ст. 10, который уже совершенно не вяжется с конституционными мотивами и равным образом продиктован практическими соображениями и именно поэтому должен быть нами признан имеющим принципиальное значение. В конечной фразе первого абзаца ст. 10 сказано, что «лишение свободы в качестве меры пресечения допускается также в случаях возбуждения в установленном порядке дела о признании обвиняемого общественно опасным».

Чтобы уразуметь точнее практический смысл этого добавления, должно обратиться к тексту статей «Основ» уголовного права. Ст. 22 «Основ», рассматривая такую меру социальной защиты, как «удаление из пределов союзной республики или из пределов отдельной

местности с поселением в тех или иных местностях или без таковового, с запрещением проживания в тех или иных местностях или без такового запрещения», указывает, что эти меры могут быть назначаемы судом, по предложению органов прокуратуры, *в отношении лиц, признанных по своей преступной деятельности или по связи с преступной средой в данной местности социально-опасными как независимо от привлечения их к судебной ответственности за совершение определенного преступления, так и в том случае, когда они, будучи привлечены по обвинению в совершении определенного преступления, будут судом оправданы, но признаны социально-опасными.* Эта статья, предопределяющая возможность применения ссылки и высылки, даже в случае оправдания преступника, но признания субъекта социально-опасным по связи ли его с преступной средой или по его прошлой преступной деятельности, *делает необходимым применение лишения свободы* в порядке меры пресечения *не только независимо от статей кодекса, но и от самого факта судебного привлечения.* Именно эту возможность и предусматривает конец первого абзаца ст. 10, когда говорит о допущении лишения свободы в случае возбуждения в установленном порядке дела о признании обвиняемого общественно-опасным. Для борьбы с этими общественно-опасными элементами и хочет закон иметь в своем распоряжении такую меру, как лишение свободы. В этом заключается политический и практический смысл первого абзаца ст. 10. Нам скажут, конечно, что этот абзац находится в вопиющем противоречии со всеми конституционно-правовыми нормами в буржуазном их понимании. Совершенно правильно. Эга статья является, однако, мощным орудием пролетарской борьбы с классовыми врагами революции, и от нее нам нет никакого смысла отказываться. И в этом ее принципиальное значение и смысл. Вот почему, чтобы формально-логически обосновать эту возможность, ст. 10 и заключает в себе вышеприведенный установленный порядок дел, причем закон вовсе не требует для применения этого порядка установления общественной опасности того или иного лица через судебно-следственные органы. Административные ссылка и высылка, широко применяемые советским законодательством в отношении классовых врагов и вообще общественно-опасных элементов, — это мероприятия, на которые не мог не пойти класс, осуществляющий диктатуру в условиях гражданской войны и классовой борьбы.

Второе ее значение не менее важно и принципиально. В противоположность буржуазному праву, допускающему применение мер

социальной защиты только *за что-нибудь*, советское законодательство допускает их применение также по признаку возможности преступления из соображений одного предупреждения.

То, что мы говорили о компромиссном характере УПК 1922 г. и «Основ» 1924 г. между буржуазно-либеральными настроениями и потребностями революционной практики сегодняшнего дня, нигде более выпукло не сказывается, как именно в этом абзаце. Более подробно, впрочем, будем об этом говорить при анализе упомянутой ст. 22, когда будем рассматривать «Основы материального уголовного права Союза ССР и союзных республик».

Следующие два абзаца той же ст. 10 устанавливают еще один ряд ограничений при применении лишения свободы в качестве меры пресечения. На этот раз ограничения касаются срока, на который могут быть заключены под стражу лица, привлеченные по обвинению в уголовном преступлении. «Лишение свободы, — гласит второй абзац ст. 10, — в качестве меры пресечения не может продолжаться долее двух месяцев. В случае, если по сложности дела или по другим обстоятельствам предварительное следствие не могло быть закончено к моменту истечения этого срока, срок этот может быть продолжен не долее одного месяца и не иначе, как по особому распоряжению губернской прокуратуры». Так гласит действующий закон. Сразу бросается в глаза следующий дефект редакционного характера: едва ли целесообразно давать ссылку на «особое распоряжение *губернской* прокуратуры». При построении районированных областей будем иметь районные прокуратуры и сверх того имеем краевые прокуратуры. Наконец, существует центральная прокуратура в лице прокурора республики и его помощников. Спрашивается, только ли по особому распоряжению губернской прокуратуры мыслимо и допустимо продление срока предварительного заключения под стражей на один месяц и не будет ли прямого противоречия букве закона, если продление срока будет санкционировано центральной прокуратурой? Нет, конечно, ни малейшего сомнения, что формально противоречие будет налицо, но едва ли целесообразно отстаивать формальное применение буквы закона. На практике в РСФСР даже продление на один месяц имеет место лишь с санкции центральной прокуратуры. Одновременно по той же практике РСФСР продление сверх одного месяца также допускается с санкции центрального прокурорского надзора. Впрочем, эта последняя практика введена уже в самый УПК РСФСР: ст. 159 повторяет еще раз текстуально ст. 10 «Основ».

УПК РСФСР знает, однако, еще одно ограничение, о котором не говорят «Основы»: применение лишения свободы в качестве меры пресечения возможно лишь по тем делам, по которым вообще предусмотрено лишение свободы свыше одного года. «Основы» не требуют такого ограничения, указывая лишь на необходимость привлечения по статье, грозящей лишением свободы.

Как же обстоит дело на практике? К сожалению, на практике эти нормы далеко не строго выдерживаются. Это прямое расхождение практики с «Основами» не может быть объяснено иначе, как тем, что на практике жесткие нормы «Основ» оказались совершенно неприменимыми. Квалификация наших следователей еще не настолько высока для того, чтобы они управлялись в указанный законом срок, и сплошь и рядом является обычной картиной, особенно по сложным хозяйственным преступлениям, когда обвиняемые находятся под стражей гораздо дольше указанного законом срока. Должно ли отсюда следовать неприменение этих норм? Отнюдь нет. Прокуратура РСФСР пыталась ответить на этот вопрос дважды: ею был разослан в свое время и специально подтвержден циркуляр, которым она предписывала прокурорам немедленно освобождать из-под стражи всех тех, которые находятся долее указанного срока. Жесткость этой последней линии вызывала и вызывает целый ряд нареканий со стороны суда, органов прокуратуры и следствия. И, тем не менее, прокуратура РСФСР пока не думает отменять своего циркуляра.

Вполне целесообразным, однако, нам представляется изменение соответствующим образом текста «Основ» в смысле смягчения жесткости применения этих норм. Выход должен быть дан, так как выпускать на свободу заведомых преступников является ригоризмом, который не может быть ничем оправдан. Впрочем, о невозможности жесткого проведения этих норм повсеместно говорят сами «Основы» в примечании к ст. 10, допуская, что: «в наименее населенных республиках, где пути сообщения не организованы и сношения затруднены, указанные в настоящей статье сроки могут быть удвоены постановлениями центральных исполнительных комитетов союзных республик по представлениям центральных исполнительных комитетов этих автономных республик, или исполнительных комитетов этих мест». На практике циркулярным распоряжением НКЮ право продления срока сверх одного месяца предоставлено компетенции центральной прокуратуры.

Чтобы покончить со ст. 10, мы отметим еще ее последний абзац, трактующий о том, чем по советскому закону может быть заменено

лишение свободы в качестве меры пресечения. Буржуазное право в этом отношении знало целый ряд заменяющих гарантий. К таковым относились: поручительство, личное и имущественное, и имущественный или денежный залог. Все эти виды были унаследованы и УПК 1922 г., причем к ним была добавлена еще одна специфическая мера, которой не знало буржуазное право, — коллективное поручительство ряда лиц или общественных организаций. Практика применения всех этих мер вскоре, однако, поставила перед законодательством вопрос о пересмотре их с точки зрения принципиальной допустимости и практической целесообразности. Последний абзац ст. 10, принятый в порядке новеллы «Основами» 1924 г. и не отраженный до сих пор в УПК РСФСР, принципиально отвечает на этот последний вопрос. Ее заключительный абзац гласит: «Лишение свободы в качестве меры пресечения может быть заменено поручительством профессиональных и иных рабочих, крестьянских и общественных организаций». Казалось бы, отсюда вытекает недопущение индивидуального поручительства и всяких иных поручительств коллективных, кроме поручительств профессиональных и иных рабочих, крестьянских и общественных организаций. Между тем, как правило, большую трудность на практике вызывали как раз не индивидуальные, а именно коллегиальные (коллективные) поручительства, так что понадобилось специальное указание Верховного суда, кто должен отвечать, если поручительство оказалось недостаточной гарантией. Уголовная ответственность по ст. ст. 150, 151 и 152 УПК предусматривает штраф в качестве меры взыскания в отношении коллективных поручительств. Применение этой меры вызывает целый ряд сомнений, в отношении кого ее надлежит применять: в отношении ли *всех поручителей* — членов данной организации, руководящего ли ее правления или лиц, первыми подписавших заявление? Именно поэтому УПК РСФСР сохранил до сих пор индивидуальное поручительство. Быть может, наиболее правильным было бы соответствующее изменение «Основ». Принципиально мысль «Основ» заключается в том, что по «Основам» допускаются лишь поручительства коллективные, или во всяком случае *предпочитаются* поручительства коллективные и поручительства пролетарских, крестьянских, профессиональных и иных общественных организаций. Можно, конечно, толковать союз «и», поставленный перед словом «общественных организаций», в том смысле, что допускаются поручительства и иных — не рабочих и не крестьянских организаций. Едва ли это будет, однако, правильным и отвечающим общему духу совет-

ского законодательства. Правильнее понимать в том смысле, что здесь допускаются поручительства «профессиональных и иных общественных, рабочих и крестьянских организаций». Такая формулировка была бы более точной. Однако практически нет никакого смысла исключать целиком и индивидуальные поручительства. Поэтому повторяю, что при редакционной обработке «Основ» текст подлежит соответствующему исправлению.

Глубоко принципиальной является последняя фраза разбираемого абзаца, *запрещающая целиком и полностью замену лишения свободы денежным и имущественным залогом.* Эта возможность, фактически превращавшаяся в право откупа со стороны имущественных лиц, категорически запрещена в «Основах». Действующий УПК знает, однако, ее до сих пор, и, при переработке, статьи, касающиеся имущественного и денежного залога, конечно, должны быть исключены. Спорить против принципиальной правильности этого запрещения, конечно, также не приходится. Этим можно исчерпать практическое и политическое содержание ст. 10.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Лишение свободы органами дознания.

Ст. 11 построена, с одной стороны, как статья, содержащая принципиальные декларативные указания, и с другой стороны — как статья, дающая практический ответ на вопрос *о порядке применения лишения свободы органами дознания.*

Обе части этой статьи настолько, однако, принципиально различны по своему содержанию, что их во всяком случае не следовало бы соединять в одну статью, а надлежало бы разделить на две самостоятельные или соединить вторую половину ее со ст. 12, фактически трактующей о том же самом вопросе, вернее — о некоторых технических деталях того же самого вопроса. В связи с этим, в силу чрезвычайной практической важности примечания к ст. 11, трактующего о порядке применения лишения свободы в качестве меры пресечения органами ОГПУ, следовало бы это примечание выделить также в особую статью. Всего этого, однако, сделано не было, и поэтому приходится анализировать и рассматривать статью так, как она дана.

Первая часть (декларативная) ст. 11 приближается по своему содержанию к ст. 9, т. е. является скорее политической, конституционной, правовой нормой, чем непосредственно нормой процес-

суальной. Она гласит: «Каждый судья и каждый прокурор, обнаруживший в пределах района его деятельности лишение кого-либо свободы без законного постановления уполномоченных на то органов или свыше срока, установленного законом или назначенного судебным приговором, обязан немедленно освободить неправильно лишенного свободы».

Самый текст этого постановления, если не ошибаюсь, также заимствован из судебных уставов 1864 г. Практически он является нормой, которая существует в УПК РСФСР с момента его издания, т. е. с 1922 г. И тут должен сразу признать, что на практике жесткость применения этой нормы и имеет место далеко не в тех пределах, в которых она должна была бы иметь место по букве закона. Во всяком случае центральной прокуратуре РСФСР пришлось не раз издавать специальные циркуляры, в которых напоминать о существовании этой нормы и требовать ее неуклонного проведения. В архивах прокуратуры можно найти ряд интересных переписок по этому вопросу, когда иной раз местные прокуроры считали себя обязанными указывать центральной прокуратуре на явную нецелесообразность жесткого применения этих норм. Сплошь и рядом бывали случаи, когда, по силе этой нормы, благодаря давлению центральной прокуратуры выходили на свободу лица, в отношении которых такое освобождение представлялось явно социально-опасным: рецидивисты-уголовники, судившиеся не раз за бандитские нападения и грабежи, в отношении которых следственное производство не могло закончиться согласно требованиям ст. 10 в 2-месячный, максимум 3-месячный срок, и иные. Мы указывали выше, как уже теперь центральная прокуратура РСФСР допустила отступления от требований «Основ», присвоив себе право продолжать срок лишения свободы еще на месяц. Соображения целесообразности брали здесь верх над логикой формального закона. Зачем же была помещена эта статья?

Помещение ст. 11 в «Основы» имело, конечно, прежде всего, тот же смысл, что и помещение ст. 9. Вместе с тем она имела целью доказать, что центральная власть ставит своей задачей бороться против длительности следственного производства. Помимо «конституционных» таким образом сыграли свою роль и чисто практические мотивы. Статистика показывает, что освобождение по ст. 11 «Основ» или ст. 6 УПК РСФСР практикуется если не повсеместно, то довольно часто. По последнему циркуляру центральной прокуратурой РСФСР так было освобождено в отдельных губерниях при объездах тюрем

до 1000 человек; и, тем не менее, практическая неувязка ст. 11 с жизнью остается.

В этой статье интересно указание на то, что обязанность такого освобождения закон возлагает не только на прокурора, но и на судью, ограничивая деятельность каждого пределами района судьи или участка прокурора. Это тоже почти буквально перепечатка соответствующей статьи Устава 1864 г. В условиях РСФСРовской действительности практический смысл такого указания мог бы быть тот, что народные судьи у нас расположены все же гораздо чаще, чем прокуроры. Последнее парализуется, однако, тем обстоятельством, что тюрьмы, как правило, имеются у нас только в губернских городах или уездных и во всяком случае не расположены в районе каждого участка народного судьи. В силу этого право народного судьи на посещение мест заключения остается часто формальным правом. Сюда же следует добавить, что оно нигде сверх того не установлено законом, в то время как такие посещения прямо вменены особым законом РСФСР в обязанность прокурору. Таким образом и по практическим и по формальным соображениям формулировка, какую дают «Основы», целиком не может быть признана правильной. Все то, что мы говорим, не должно, однако, пониматься в том смысле, что мы считаем необходимым исключить эту статью из «Основ». Как изложение принципа, декларирующего процессуальные и надзорные функции прокуратуры и суда, она, конечно, вполне уместна и должна остаться. Мы считаем лишь ненужным тот конституционно-политический, декларативный привкус, который придан этому принципу такой его формулировкой.

Вторая часть ст. 11, как мы указывали выше, говорит уже о практическом вопросе — о порядке применения лишения свободы в качестве меры пресечения органами дознания. Здесь текстуально ч. 2 гласит: «В случаях применения органами дознания в качестве меры пресечения лишения свободы последнее обязательно подлежит утверждению ближайшим следователем, народным судьей или прокурором в порядке и в сроки, определяемые ст. 12 настоящих «Основ».

Практический смысл этого абзаца заключается таким образом в подчеркивании ограниченности компетенции органов дознания по применению в качестве меры пресечения такой меры, как лишение свободы. В этом отношении эта идея является последовательным и логическим развитием другой идеи, прямо не выраженной в «Основах», но которая молчаливо, так сказать, признается,— идеи о том,

что лишение свободы вообще не должно *самостоятельно* применяться органами дознания, т. е. теми первичными органами по расследованию преступления, которые являются технически самыми несовершенными органами. Стремление к охране личной свободы как некоего блага, которое должно всемерно ограждаться законодателем,— вот чем продиктован этот абзац. Но насколько правильна эта идея в условиях советской действительности? Мы ни на минуту не думаем отрицать правильности этой идеи и не только в условиях советской действительности, но и вообще. Мы полагаем, однако, что гораздо целесообразнее здесь было бы в таком случае *в порядке «Основ» указать те исключительные* нормы или *казусы, в которых применимо органами дознания лишение свободы.* Другими словами, мы полагаем, что более целесообразно было бы перепечатать здесь в качестве основной нормы ст. 100 УПК, указывающую, когда органы дознания могут применять лишение свободы, а именно: «когда преступник застигнут при непосредственном подготовлении, самом совершении преступления или тотчас после его совершения; когда потерпевший или очевидцы укажут на данное лицо, как на совершившее преступление; когда при или на подозреваемом лице, или в его жилище будут найдены следы преступления; когда подозреваемый покушался на побег или задержан во время побега; когда подозреваемый не имеет места постоянного жительства или места постоянных занятий; когда не установлена личность подозреваемого». Этими шестью случаями УПК РСФСР и ограничивает полномочия органов дознания на лишение свободы. Эти случаи с теми или другими изменениями и надлежало бы упомянуть в «Основах». Вместо этого «Основы» только говорят в ст. 7, что «*пределы полномочий* органов дознания и следствия, порядок принятия мер пресечения и порядок надзора за ними со стороны прокуратуры *определяются уголовно-процессуальными законами союзных республик в соответствии с нижеследующими статьями*»; *в ст. же 11 указывается, что лишение свободы, применимое органами дознания, подлежит «утверждению ближайшим следователем, народным судьей или прокурором* в порядке и в сроки, определяемые ст. 12 настоящих «Основ». Вместо определения материальных условий, возможности применения лишения свободы органами дознания указан лишь формальный момент. Для «Основ» этого слишком мало.

Что касается значения самого формального момента, то утверждение ближайшим следователем, народным судьей или прокурором указано как способ определенной проверки со стороны более квали-

фицированных органов расследования, в том числе и со стороны народных судей, поскольку последние могут быть ближе к органам дознания (именно это соображение продиктовало включение народных судей в «Основы»), чем ближайший следователь или прокурор.

Попутно останавливаясь на тексте ст. 100 УПК, т. е. на практике РСФСРовского процессуального права, можно и должно указать на совершенно неудовлетворительную формулировку пп. 5 и 6, разрешающих применять органам дознания лишение свободы, «когда подозреваемый не имеет места постоянного жительства или места постоянных занятий». Практика, между прочим, обнаруживает (и центральной прокуратуре пришлось по этому поводу применять целый ряд мер), что именно на этих статьях обосновывали органы дознания свою практику задержания за так называемую «бесписьменность»—за отсутствие документов, поскольку п. 6 указывает на «неустановление личности» подозреваемого как на основание для его задержания. В результате на практике имеет место не только принудительное лишение свободы, но и перегон по этапу *при отсутствии фактически всякого состава преступления* или при наличии преступлений, отнюдь не допускающих лишения свободы в качестве меры пресечения. Понадобилось специальное разъяснение центральной прокуратуры и длительное инструктирование органов дознания со стороны Наркомвнудела, чтобы прекратить эту практику. Навыки прошлого здесь сказались, к сожалению, достаточно сильно.

Выше мы указывали на наличие примечания в ст. 11, определяющего порядок применения лишения свободы органами ОГПУ, и указали, что лучше было бы это примечание сделать особой статьей. Этого не было сделано только потому, что в УПК РСФСР редакции 1922 г., когда писались «Основы», в ст. 97 ОГПУ было указано в числе иных органов дознания. О неправильности такой трактовки ОГПУ мы говорили в «Основах судоустройства» и немного выше при анализе ст. 7. Необходимость увязать ряд практических и реальных полномочий ОГПУ со старой формулой УПК 1922 г., трактовавшей его как орган дознания, т. е. как орган крайне неправомочный, заставила дать это применение и опять-таки в самой неудачной бланкетной форме. Согласно примечанию «порядок производств и утверждения арестов, производимых органом Объединенного государственного политического управления, в пределах его компетенции, определяется особыми правилами, издаваемыми Центральным исполнительным комитетом Союза ССР». Примечание характерно, прежде всего, как мы уже сказали, своей бланкетной

формой, другими словами — тем, что оно не дает материального содержания этих особых прав и отсылает к особому, долженствующему быть изданным, закону. Такой закон был впоследствии издан в виде особой инструкции, определяющей полномочия Объединенного государственного политического управления в этой области, инструкции секретной, которая юридически должна была остаться неизвестной широким слоям населения. И в этом отношении уже отсылка «Основ» к секретному закону является неправильной. Но если бы, однако, инструкция не была секретной, примечание все равно возбуждает ряд вопросов и, прежде всего, в смысле техники издания этих правил. Примечание устанавливает чрезвычайно тяжелый и громоздкий законодательный путь определения этих правил. Правила подлежат изданию ЦИК Союза ССР, что обусловливает их всесоюзное значение во всех их деталях. Это отступление от общих директив Конституции СССР можно, конечно, объяснить и должно объяснить особенностями работы ОГПУ. Едва ли, однако, можно серьезно обосновать необходимость такого сугубо-централизованного способа издания для по существу технических и мелких норм.

Одновременно вторая часть примечания указывает, что правила производства и утверждения арестов, производимых Государственным политическим управлением союзных республик, утверждаются Центральным исполнительным комитетом этих республик, а затем представляются вновь на утверждение ЦИК Союза ССР. Если мы не видим особой необходимости в централизованном издании первых правил, то предлагаемый порядок для издания республиканских правил явно уж нецелесообразен. Более последовательно было бы полное лишение местных республик права вырабатывать особые правила и лишение ЦИК республик права утверждать их с последующей санкцией ЦИК Союза ССР. Если единообразие признается вообще необходимостью, то в этом случае гораздо проще и лучше определить их сразу единым актом ЦИК СССР в порядке ч. 1 настоящего примечания. Разграничивать же правила применения лишения свободы по признаку, кто их будет применять — ОГПУ Союза или ГПУ республик, — едва ли целесообразно. Такое разграничение может быть объяснено и оправдано только в том случае, если ОГПУ Союза в этой плоскости предоставить больше полномочий, чем ГПУ союзных республик. Это, однако, также не сделано.

Практически должен отметить, что на территории всего Союза действуют в конце концов единые правила, утвержденные ЦИК Союза ССР.

Ст. 12 определяет еще более детально, чем ст. 11, производство арестов органами дознания в узком (НКВнуделовском) смысле, в частности контрольный порядок и сроки, которыми ограничивается задержание.

По точному тексту ст. 12 «органы дознания должны о всяком случае задержания подозреваемых в преступлениях направить в течение 24 часов сообщение суду, которому подсудно данное дело, или же народному судье, в районе которого произошло преступление или был задержан подозреваемый». Этот первый абзац характерен, прежде всего, точной фиксацией срока — 24 часов, во-первых; во-вторых — он, указывая орган, которому должно быть направлено сообщение о случае задержания, предусматривает все возможные случаи задержания — по делу, подсудному народному суду данного участка; по делу, подсудному другому суду, и задержание обвиняемого, когда налицо преступление, но еще неизвестно, кому будет подсудно дело.

Поскольку идея статьи не может вызвать сомнения в правильности, самый срок, в особенности такой, как 24 часа, тем не менее безусловно представляется сомнительным. Правда, текст осторожно говорит, что органы должны «лишь направить сообщение», а не «сообщить» суду или народному следователю о производстве ареста, так как географические расстояния или условия местности или времени могут воспрепятствовать объективно сообщению в 24 часа о производстве задержания. Тем не менее нельзя сомневаться в том, что самый срок — 24 часа — является заимствованным из известной нормы английского права — гарантированной законом обязанности производящих задержание органов доставить обвиняемого в суд через 24 часа с момента задержания. Эту связь с либерально-буржуазной идеей нельзя не подчеркнуть даже при отсутствии возражений по существу против самой идеи как таковой.

Второй абзац статьи еще более уточняет этот момент тем, что указывает: «по делу, по которому обязательно производство предварительного следствия, органы дознания о задержании обвиняемого должны сообщить в тот же срок следователю или прокурору». Технически этот второй абзац более правильно построен, поскольку указывает собой направление следователю или прокурору в случае, когда производство предварительного следствия является обязательным. Спорным представляется сейчас вопрос: должны ли сообщать они и следователю и народному судье, а затем — должны ли они сообщать и следователю и прокурору. Текст закона дает положительный ответ на все эти три случая. Таким образом может существовать

такое положение, когда органы дознания должны сообщить во все три органа: народному судье, в районе которого произошло преступление или был задержан обвиняемый; следователю, которому подсудно данное дело, и прокурору данного участка.

Такая практика, прямо вытекающая из смысла ст. 12, представляется нецелесообразной. Здесь достаточно было бы обязательности направления сообщения одному только следователю, поскольку именно ему, по закону РСФСР, поручены надзорные функции за действиями органов дознания.

Что должны делать эти органы по получении извещения, об этом говорит третий и последний абзац ст. 12, переживший, что характерно, определенную эволюцию в РСФСРовском законодательстве. Этот абзац гласит:

«В течение 48 часов, считая с момента получения извещения от органов дознания о произведенном задержании, суд, народный судья или следователь обязаны постановить либо о подтверждении ареста, либо об отмене его. Органы дознания изменяют меру пресечения немедленно по получении соответствующего извещения». Предусматривая возможность того, что следователя или судьи нет на месте или они чем-нибудь заняты, закон дает 48 часов с момента получения извещения, в течение которых судья или следователь обязаны либо подтвердить арест, либо отменить его. Это подтверждение должно понимать не в смысле абсолютного произвола следователя или судьи, а в смысле проверки формальных оснований, которые послужили причиной задержания, а затем, при возможности просмотра представленных материалов,— и с точки зрения проверки по существу целесообразности ареста.

Все, что мы говорили выше об излишней детализованности этих статей, целиком относится к ст. 12. Так не следовало писать« Основы».

Упомянутая выше эволюция заключается в том, что первоначально текст РСФСР устанавливал для органов дознания *обязательность освобождения арестованного, если в течение 48 часов после посылки извещения не было получено ответа.* Чрезвычайная географическая отдаленность и малонаселенность многих местностей снова заставили при издании «Основ» 1924 г. более осторожно формулировать эти сроки, отметив в обоих случаях лишь с «момента получения» соответствующего извещения.

В таких нормах и существует эта ст. 12 «Основ» в настоящее время. Приведенный текст ст. 12 сейчас есть буквально перепечатка ст. 104 УПК.

Этим исчерпывается все, что «Основы» говорят по поводу действий органов предварительного дознания и предварительного следствия. Едва ли можно признать, как мы указали выше, достаточно исчерпывающими эти указания. Что они далеко не достаточны, может свидетельствовать то, что последующая ст. 105 УПК РСФСР устанавливает такой важнейший для практики органов дознания принцип о том, что производство дознания не может продолжаться более одного месяца. Ограничив выше деятельность предварительного следствия двумя месяцами, «Основы» умалчивают о месячном сроке для органов дознания.

Равным образом «Основы» не говорят, какими правами пользуются органы дознания в отношении допроса, передопроса обвиняемого и свидетелей, в каком порядке или куда должны направляться дела органов дознания. Все это, как мы сказали выше, относится к республиканскому законодательству. Не настаивая на том, чтобы все это было урегулировано в общесоюзном законодательстве, еще раз нужно отметить, что более целесообразно было бы выразить в принципиальных двух-трех статьях хотя бы направление, в котором должно подлежать разрешение этих вопросов в республиканском законодательстве.

Что касается предварительного следствия, как мы указывали выше, вся совокупность сложнейших вопросов о правах обвиняемого на предварительном следствии осталась совершенно незатронутой «Основами», как равным образом и вопросы о моменте окончания следователями дел, об обжаловании действий следователей и о порядке направления дел на прекращение или для предания суду. Важнейшая проблема — предание суду — также осталась неосвещенной в «Основах».

Не подвергая критике вопрос о том, как сейчас разрешается целый ряд практических проблем предварительного расследования преступлений по УПК РСФСР, мы оставляем за собой право вернуться к этому вопросу тогда, когда закончим постатейный анализ статей «Основ».

ГЛАВА СЕДЬМАЯ.

Ст. 13—«О подсудности местной и по роду дел».

Ст. 13 «Основ судопроизводства» имела целью выявить основные принципы, на которых должен быть построен в республиканских законодательствах порядок принятия судами к своему производству поступающих к ним дел. Теоретически основных критериев,

установленных для этого в науке уголовного процесса, два: критерий так называемой местной подсудности и критерий подсудности по роду дел.

Первый из этих критериев означает, что территория данной республики разделяется на ряд округов и иных административных делений, приуроченных к определенным судебным местам, с тем, чтобы все дела, возникающие на территории данного округа, направлялись на разрешение в судебное учреждение, обслуживающее данную территорию.

Другой принцип — это принцип подсудности по роду дел, по которому определенная категория дел, определенные группы преступлений должны рассматриваться в специальных судебных учреждениях, функция которых будет заключаться в разборе именно этой категории дел независимо от того, где имело место преступление.

Иногда оба эти принципа объединяются, и на определенной территории действуют одновременно суды, которые должны принимать к своему рассмотрению дела, возникающие на этой территории, но, тем не менее, лишь дела определенной категории. Оба эти принципа в общей форме и выражены в первом абзаце ст. 13, где говорится: «Каждое дело подлежит рассмотрению в том суде, в районе которого было совершено преступление».

На первый взгляд категорическая формулировка этого принципа дает основание полагать, что лишь принцип местной подсудности, т. е. подсудность по месту совершения преступления, признается советским законодательством основным руководящим принципом. На самом деле это не так. Прежде всего формула ст. 13 в недостаточной степени точна, поскольку она не разрешает вопроса о том, каким судом должно быть рассмотрено дело, если на территории данного района имеются два суда, так как хотя закон и говорит, что дело должно рассматриваться в том суде, в районе которого совершено преступление, но это не исключает возможности существования в районе двух судов — губернского и народного суда. Поэтому такая формулировка уже нуждается в коррективе, который бы определил, как влияет категория дел или подсудность по роду дел на направление дела. Или нужно было бы сказать, что подсудность по роду дел принципиально исключается советским законодательством, что, как мы знаем из «Основ судоустройства», не только не верно фактически, но не верно и принципиально: советское право знает различные суды, систему различных судов и с 1923 г. этого никогда не отрицало.

И, действительно, как бы в дополнение к первой категорической формулировке текст той же ст. 13 дальше говорит о подсудности по роду дел, устанавливая, что «подсудность по роду дел, рассматриваемая судебными учреждениями союзных республик, устанавливается законодательством союзных республик». Таким образом и формально оба принципа — местной подсудности и подсудности по роду дел — известны советскому законодательству.

Не обращаясь сейчас к рассмотрению принципиального обоснования, в силу чего советское право признает, на-ряду с местной подсудностью, и подсудность по роду дел, так как об этом, мы полагаем, в достаточной степени полно высказались при рассмотрении «Основ судоустройства», мы позволим себе остановиться не на обосновании этого принципиального тезиса, а прежде всего на рассмотрении того, насколько правильно или неправильно, с нашей точки зрения, то разрешение вопроса о подсудности по роду дел и подсудности местной, которое дают «Основы судопроизводства».

Текст ст. 13 совершенно точно указывает, что в абсолютной форме закон не знает и не проводит ни того ни другого принципа. Как общее правило, он устанавливает принцип местной подсудности, однако немедленно же во втором абзаце говорит уже об изъятиях из этого правила: «каждое дело подлежит рассмотрению в суде, в районе которого было совершено преступление». «Изъятия из этого правила устанавливаются законодательством Союза ССР и союзных республик по принадлежности»,— говорит закон. Больше, однако, он ничего не говорит о том, какого рода могут быть или должны быть эти изъятия, где грани и пределы этих изъятий, тем более, что дальше закон указывает, что «изъятия из этих правил устанавливаются законодательством Союза ССР и союзных республик *по принадлежности*». Это единственное ограничение, которое устанавливает текст закона. Слова «по принадлежности» означают лишь то, что союзное законодательство не вправе определять изъятия из принципа местной подсудности для судов республиканских, т. е. входящих в систему республиканских судебных органов, и ограничено лишь процессуальными нормами, действующими в отношении судебных учреждений Союза, к каковым, как мы знаем, надлежит отнести лишь Верховный суд Союза и военные трибуналы.

Что дело обстоит так, явствует в особенности из предпоследнего абзаца ст. 13, где говорится: «подсудность дел, подлежащих ведению Верховного суда Союза ССР и военных трибуналов, определяется в порядке общесоюзного законодательства».

Правда, этот абзац трактует уже о принципе подсудности по роду дел, а не о принципе местной подсудности, однако для уяснения термина «по принадлежности» этот абзац является лучшей расшифровкой, определяющей грани полномочий Союза по изъятию из общих правил о местной подсудности. Что касается республиканских законодательств, то отсюда вытекает, что они могут устанавливать изъятия лишь в отношении «своих» судов, т. е. судебных учреждений, действующих в системе судов данной республики.

Таковы существенные грани, установленные «Основами». Должно прямо указать, что эту «свободу» по изъятию УПК РСФСР использовал достаточно широко.

В отношении народного суда право изымать дела и передавать, с нарушением принципа местной подсудности, из одного участка в другой УПК РСФСР дает губернскому суду; по отношению к губернским судам это право изъятия принадлежит прокурору республики, Верховному суду и Президиуму ВЦИК и, наконец, в отношении окружных судов это право новым «Положением о судоустройстве» 1926 г. предоставлено областным и окружным судам. Мотив всюду указан один: стремление поставить рассмотрение дела в условия, обеспечивающие «более беспристрастное и более скорое и притом полное рассмотрение дела» (ст. 130 УПК РСФСР).

Насколько целесообразно такое широкое предоставление разрешения всех этих вопросов об изъятии республиканскому законодательству? Мы полагаем, что оно вполне правильно в силу сложности этого вопроса; УПК РСФСР в частности должен был посвятить ему целый ряд статей для того, чтобы попытаться охватить всевозможные случаи ходатайств о таковых изъятиях и вообще разрешение вопросов, связанных с принципом местной подсудности, когда на практике перекрещивается подсудность по роду дел с принципом местной подсудности или самый принцип местной подсудности осложняется фактом привлечения к ответственности одного и того же лица за преступления, совершенные в различных районах, в различное время и т. д.

Должно, однако, пожалеть о недостаточной точности в этом отношении союзных законов. Некоторые принципы ограничительного характера в области изъятия из принципа местной подсудности должны были бы быть сформулированы и в союзном законе.

Что касается подсудности по роду дел, то этот вопрос разрешается законом целиком, как вопрос, подлежащий полностью компетенции республиканского законодательства. «Подсудность по роду

дел,— говорит закон,— устанавливается законодательством союзных республик».

Знает ли, однако, закон и тут какие-либо ограничения? Да, знает, и не может не знать, так как предоставление в этом отношении полной свободы республиканским законодательствам на деле означало бы не только чрезвычайную пестроту в построении этой подсудности, но *не отвечало бы другому принципу, выраженному* в «Основах», а именно — точному разграничению задач, которые *вообще ставит суду союзное законодательство.*

Вполне понятно поэтому, что из общего принципа, предоставляющего как бы полную свободу законодательства в этом отношении союзным республикам, текст ст. 13 знает исключение. «Дела о государственных преступлениях во всяком случае подлежат ведению губернских или соответствующих им судов, а равно главных и высших судов автономных республик, в качестве судов первой инстанции».

Одну категорию дел, как обязательно связанную с губернскими судами и вообще с более квалифицированными судами, закон таким образом категорически выделяет,— это дела о государственных преступлениях. Вполне понятны мотивы, по которым эти наиболее социально-опасные действия закон направляет к обязательному рассмотрению в более квалифицированных судах.

Здесь было бы уместно остановиться на понятии «государственных преступлений». Этот вопрос в настоящее время уже совершенно точно разрешен последней сессией ЦИК Союза 1926 г., но он имел в своем прохождении большую и длительную историю. В 1924 г., когда писались «Основы», вопрос этот вовсе не ставился,— предполагалось, что государственные преступления есть те, которые в Уголовном кодексе именуются контр-революционными преступлениями, т. е. преступлениями, направленными, прежде всего, против государства как такового, с прямой целью свержения власти советов, т. е. разрушения пролетарского государства. Такое понимание вытекало и логически: государственное преступление есть то, которое направлено против государства.

Иначе встал этот вопрос, когда во исполнение постановления сессии ЦИК 1924 г. пришлось реализовать постановление об издании специального закона — «Положения о государственных преступлениях», и вопрос о том, как широко понимать термин «государственные преступления», встал во весь рост. В то время как РСФСР в своем проекте Положения, внесенном от имени ВЦИК в сессию

ЦИК Союза, подводила под понятие «государственных преступлений» только контр-революционные преступления, Комиссия законодательных предположений СНК Союза, а вслед за ней и работники Верховного суда Союза, расширили понятие «государственных преступлений» до тех пределов, в какие оно было формально поставлено Уголовным кодексом РСФСР еще в 1922 г., когда термин «государственные преступления» обнимал и раздел о преступлениях контрреволюционных, как таковых, и о преступлениях против порядка управления, понимая под последними все те преступления, которые, не имея своей задачей прямого свержения власти, тем не менее *колеблют и подрывают государственный порядок.* Сюда отходили таким образом и при таком понимании нарушение любого обязательного постановлеления, превышение власти при взимании сельскохозяйственного налога и т. д. и даже любой уличный дебош.

Конечно, с таким распространительным толкованием термина «государственных преступлений» нельзя было согласиться, и на первой сессии ЦИК Союза был принят компромисс, по которому к государственным преступлениям были отнесены, кроме контр-революционных, лишь *наиболее опасные* преступления против порядка управления, или, как говорит окончательно принятый текст закона 1926 г.,— те из преступлений против порядка управления, которые, не преследуя прямой цели контр-революционного свержения советской власти, «способны колебать основные хозяйственные, политические и национальные завоевания революции».

Одновременно с этим дебатировался вопрос, не исключить ли вообще самый термин «государственные преступления» из закона, к чему одно время склонялся СНК Союза. Последняя сессия ЦИК Союза, однако, сохранила этот термин, как приобретший определенные права гражданства, определяя его в скобках, как: а) преступления контр-революционные и б) наиболее опасные, в упомянутом выше смысле, преступления против порядка управления. В такой расшифровке и вошел термин «государственные преступления» в действующее, принятое последней сессией ЦИК «Положение о государственных преступлениях».

К этой категории отнесено около 12 преступных деяний, в том числе бандитизм, подделка денежных знаков, нарушение государственной монополии, массовые беспорядки — вооруженные и невооруженные, отказ от воинской повинности и т. д. С этими обязательными ограничениями и строят сейчас республиканские законодательства подсудность по роду дел.

Обращаясь конкретно к истории определения этой подсудности в РСФСР, должно отметить: к подсудности губернских судов здесь отнесены преступления контр-революционные, все должностные преступления, наиболее тяжелые преступления против жизни, здоровья, свободы и достоинства личности и наиболее тяжелые преступления имущественные. Этот перечень являлся, конечно, примерным, отнюдь не постоянным, и законодательство РСФСР довольно часто меняет эту подсудность, проводя за последние годы упорно и, с нашей точки зрения, даже немного поспешно, тенденцию сужения подсудности губернских судов и расширения подсудности народных судов. Правильная в основе, эта тенденция делается, однако, неправильной тогда, когда над практическими деловыми соображениями при ее проведении начинает преобладать «принцип» в кавычках — передать вообще все дела в народный суд. Поскольку этот «принцип» находится в противоречии с основным строением наших судов, как судов различной системы для борьбы с различными категориями преступлений, постольку мы всегда считали, считаем и будем считать своей необходимостью бороться против этой нездоровой и, по нашему мнению, не-марксистской тенденции.

Разрешая вопрос о подсудности по роду дел, союзное законодательство связывает дела о государственных преступлениях с губернскими судами лишь в изъятие из общего правила и определение остальной подсудности по роду дел целиком передает республиканским законодательствам. По подсудность дел, подлежащих ведению военных трибуналов и Верховного суда, по тексту предпоследнего абзаца ст. 13, уже целиком и полностью подлежит ведению союзного законодательства. Здесь оно — господин, и к нему должны приспособляться республиканские законодательства.

Ст. 13 «Основ судопроизводства» стоит сопоставить в этом отношении со ст. 21 «Основ судоустройства», которую мы в свое время разбирали и которая указывает, что «для рассмотрения дел о воинских преступлениях... образуются военные трибуналы, действующие на основании положения, издаваемого в порядке общесоюзного законодательства,—на основе «Положения о Верховном суде». В примечании к этой статье, однако, говорилось, что «в особо исключительных случаях, по постановлениям Президиума ЦИК Союза ССР или соответственно президиумов центральных исполнительных комитетов союзных или автономных республик, рассмотрению в Военной коллегии Верховного суда Союза ССР или соответственно

в военных трибуналах подлежат также и иные, угрожающие крепости и мощи Красной армии, преступления».

Таким образом, в то время как «Основы судоустройства» дают точное определение подсудности в общесоюзном законодательном акте, относя к подсудности военных трибуналов лишь воинские преступления, допуская всякие иные только как исключения,— текст ст. 13, которая по существу как раз должна была определить эту подсудность, дает только общую формулу — о том, что эта подсудность определяется в порядке общесоюзных законов.

В свое время при рассмотрении ст. 21 мы указывали на тенденции военного ведомства к максимальному расширению подсудности военных трибуналов и расширению границ «Основ» 1924 г. Эти тенденции увенчались успехом, и нынешняя подсудность военным трибуналам обнимает и воинские преступления, и преступления государственные, и должностные, и имущественные, совершенные военно-служащими и угрожающие крепости и мощи рабоче-крестьянской Красной армии. Сверх того нынешняя подсудность знает подсудность и всяких других преступлений, если в силу исключительных обстоятельств в данной местности не функционирует общий суд. Таким образом ст. 21 сейчас фактически не действует и должна быть соответственно изменена.

Кончается ст. 13 одним положением глубоко принципиального характера: «никакие пререкания между судами по вопросу о подсудности не допускаются». Это утверждение высоко принципиально постольку, поскольку он ставит своей задачей борьбу с так называемой судебной волокитой и судебными спорами между судебными учреждениями о том, подсудно или не подсудно им такое-то дело, правильно или неправильно оно направлено, а следовательно, и с направлением дел от Понтия к Пилату или какому-нибудь третьему судебному учреждению для того, чтобы разрешить спор.

«Никакие пререкания между судами по вопросу о подсудности не допускаются» — фактически это означает, казалось бы, что суд, получивший дело, обязан его принять к своему рассмотрению. Однако УПК РСФСР разрешает этот вопрос несколько иначе и более рационально. Суд вправе, по УПК РСФСР, признать дело себе неподсудным и отослать его в другой суд, но тот суд уже не может возражать против направления дела к нему, не может вступать в пререкания с первым, а обязан принять дело к рассмотрению, что не означает, конечно, того, что он не может сообщить надзорной инстанции, что, по его мнению, другой суд, направив

к нему дело, сделал ошибку. УПК РСФСР знает, однако, и другие указания.

«Всякий суд,— говорит ст. 39 УПК РСФСР,— установив, что находящееся в его производстве дело подсудно какому-либо другому такому же суду, может оставить дело в своем производстве только в случаях, если он уже приступил к поверке доказательств на судебном рассмотрении дела, или если против этого не последовало возражений от сторон».

УПК РСФСР таким образом ограничивает и право суда на неправильное принятие дела к своему производству. Он категорически лишь указывает, что «всякое дело, направленное из одного суда в другой... подлежит безусловному принятию к производству тем судом, куда оно направлено, и никакие пререкания по этому поводу между судами не допускаются. Неправильное, по мнению суда, получившего дело, направление дела к нему может быть обжаловано этим судом в высшую инстанцию в порядке надзора, однако не ранее, чем по вынесении им приговора по этому делу».

Это радикальное разрешение вопроса союзным законом предотвращает возможность бесконечной судебной волокиты, которая отличала старые суды.

ГЛАВА ВОСЬМАЯ.

Ст. 14 — «О публичности судебных заседаний».

После разрешения вопроса о подсудности «Основы» прямо приступают к основным принципам построения судебного процесса как такового. Ст. 14 в этом отношении является единственной почти статьей, декларативно провозглашающей один из столпов буржуазной науки уголовного процесса, принцип так называемой публичности судебных заседаний или гласности судебного разбирательства.

«Судебные заседания публичны»,— говорит ст. 14. Правильнее было бы сказать: судопроизводство происходит публично или гласно. Этим советское право наследует и последовательно проводит в жизнь эту действительно коренную и основную гарантию так называемого «правосудия». Гласность судопроизводства приводит к тому, что в судебном заседании обычно проводится два суда: суд над совершившим преступление и общественный суд, наблюдающий судебные действия над судьями,— суд над судом. Недаром публичность судебных заседаний была испокон веков признаваема основной правовой гарантией, обеспечивающей максимальное соответствие действий судебных

органов общему политическому и культурному уровню и мировоззрению населения. Другой вопрос, что тот или другой политический момент в истории классовой борьбы может привести к такому заострению противоречий отдельных политических группировок и классов, что судебный приговор воспринимается широкой общественностью как неправосудный приговор. Классовая борьба в условиях Советского государства отнюдь не исключает таких случаев и даже предполагает их, когда судебный приговор будет встречать несочувствие значительных слоев не только крупной, но и мелкой буржуазии. Тем не менее, исходя из основного принципа, что *сочувствие подавляющего большинства трудящихся масс будет всегда на стороне суда*, советское право ввело и унаследованный от буржуазного права принцип публичности судебных заседаний как советский принцип и как *основное начало своего судопроизводства.*

Однако именно потому, что советское право чуждо такого понимания общественной среды и общественной жизни, которое рассматривает эту общественную среду как совокупность алгебраических равных единиц, именно исходя из того, что классовая борьба является для советского права основным двигателем общественной жизни и фактором, определяющим все, в том числе и судебные приговоры,— советское уголовное право сознательно не фетиширует и принципа публичности судебных заседаний и в определенных случаях допускает и не-публичные заседания.

«Судебные заседания публичны,— говорит ст. 14,— за исключением случаев, положительно указанных законодательством Союза ССР и союзных республик». Закон устанавливает здесь лишь принцип допустимости изъятий, указывая, что, в отличие от других случаев допущения тех или иных изъятий, законодательство Союза ССР и союзных республик должно положительно указать те случаи, когда допускаются непубличные судебные заседания, т. е. точно и конкретно их описать.

Что касается исполнения этого обязательства, то УПК РСФСР действительно знает случаи такого положительного указания, а именно — когда гласность заседания сопряжена с опасностью раскрытия военной или дипломатической тайны или когда при этом может пострадать личное достоинство потерпевшего или вообще общественная мораль, как, скажем, при рассмотрении дел по половым преступлениям. УПК РСФСР так и формулируют эти изъятия: «лишь в случаях, где представляется необходимым сохранить военную, дипломатическую или государственную тайну, а также по делам о

преступлениях, предусмотренных ст. ст. 151—154 Уголовного кодекса».

Законодательство Союза ССР не знает такого положительного указания случаев допустимости непубличных заседаний, но, поскольку производство в военных трибуналах и в Верховном суде определяется правилами УПК республик, постольку эти положительныя указания республиканских процессуальных кодексов обязательны и для союзных судов.

УПК РСФСР, впрочем, знает и иные косвенные ограничения, например недопущение в зал судебных заседаний лиц моложе 14 лет. По существу, однако, это деталь, на которой едва ли стоит останавливаться.

Гораздо более спорной представляется часть 2 ст. 14, нашедшая отражение, сверх того, в ст. 21 УПК РСФСР.

«Судебные приговоры объявляются публично»,— говорит этот второй абзац ст. 14. То же самое в иной форме говорит ст. 21 УПК РСФСР: «При слушании дела при закрытых дверях приговор во всяком случае провозглашается публично».

Должно прямо сказать, что мы не видим никаких оснований, которые могли бы оправдать требование этой ст. 14 «Основ» и ст. 21 УПК РСФСР. Если нужно по тем или иным соображениям сохранить государственную тайну, то как можно требовать, чтобы публично объявлялся приговор, в котором если не должны быть изложены мотивы приговора, то должна быть изложена сущность преступления, не говоря о том, что может быть такое положение вещей, при котором слушание дела при закрытых дверях принимается как мера для недопущения огласки самого факта суждения того или другого лица. Такие случаи могут быть, и поэтому требование ст. 14 во втором абзаце логически не связано с первой ее частью и продиктовано теми же либеральными тенденциями, протащить которые в УПК 1924 г. стремились некоторые из его авторов. Со ст. 14, конечно, не вяжется негласная форма суда ОГПУ, или так называемая форма внесудебной расправы, хотя что касается ее, то любопытно отметить, что как раз она в корне нарушает принцип ст. 14 в ее первой половине с соблюдением требования второй части ст. 14, а именно — негласным остается все производство дела, а приговор публикуется во всеобщее сведение. Это показывает, что советская власть и в этих случаях, лишая ряд лиц и целые категории лиц ряда прав, гарантированных им законом, на точном основании и соответствующей статьи Конституции и закона о пол-

номочиях ОГПУ, в то же самое время перед широкими трудящимися массами считает своей обязанностью рассказать о том, что она делает, не боясь, что вызовет этим гром негодования со стороны буржуазных лицемеров.

Формы внесудебной расправы советское право знает и от них в период диктатуры рабочего класса, как от орудия борьбы, не отказывается. Об этом, впрочем, мы более подробно говорили при разборе «Основ судоустройства», при рассмотрении общих принципиальных оснований построения наших судов и вопроса об их существе, задачах и значении.

ГЛАВА ДЕВЯТАЯ.

Ст. 15 — «О языке, на котором ведется судопроизводство».

Ст. 15 рассматривает вопрос, на каком языке должно вестись в судебных учреждениях СССР судопроизводство. Этот вопрос ст. 15 разрабатывает чрезвычайно детально, отнюдь не напоминая собой по характеру изложения норму, которая должна затем быть детализирована в республиканских кодексах; по существу она является сама этой детализированной нормой, которую республиканские кодексы могут и должны лишь текстуально перепечатать.

Подобный характер изложения норм о судопроизводственном языке, конечно, не может быть признан случайностью, как не случайно, как мы видели, детализированными явились нормы, предусмотренные ст. ст. 10, 11 и 12, рассматривающими вопрос о порядке применения лишения свободы как меры пресечения. В том и другом случаях законодатель исходил из признания такой важности этих норм, что счел нужным непосредственно в самом законе предусмотреть ряд необходимых деталей при проведении этих норм в жизнь.

Совершенно ясны, конечно, и мотивы, в силу которых советские законы, советское право сочли нужным так детально разработать эту языковую норму. В этом выразилось еще раз то чрезвычайное внимание, с которым советское право и советская пролетарская власть в целом относится к правам национальностей, к правам национальных меньшинств, угнетавшихся царским режимом. Национальный вопрос, представляющий собой камень преткновения и труднейшую конституционную государственно-правовую проблему для буржуазных стран, разрешен, как известно, в Советском Союзе с максимальной полнотой и максимальной последовательностью. Та-

кая линия в национальном вопросе проводилась Владимиром Ильичом до самого последнего момента его жизни чрезвычайно резко; он всегда выступал против всяких возможных отклонений от этой линии в области национальной политики, от кого бы это отклонение ни исходило. Вот почему советское право вопрос об обеспечении действительного равноправия языков в судоговорении осветило такой детализированной нормой.

Как же разрешается эта проблема согласно ст. 15?

«Рассмотрение на суде уголовных дел,— говорит ст. 15,— ведется, как общее правило, на языке большинства местного населения». На этом предписании закона следует особо остановиться как вследствие чрезвычайной глубины его содержания, так и вследствие не менее выдержанного внешнего его выражения — формулировки. «Рассмотрение на суде уголовных дел, — говорит эта норма, — ведется... на языке большинства местного населения», *как общее правило*. Поскольку здесь имеется в виду дать общее правило, постольку, конечно, можно было бы сказать так: рассмотрение на суде уголовных дел ведется, как общее правило, на русском языке. Это было бы верно фактически, но это не было бы верно ни принципиально ни юридически. Норма говорит: «на языке *большинства местного* населения». Можно было бы, конечно, сказать: рассмотрение на суде ведется, как общее правило, на языке большинства населения страны, республики, Союза, т. е. фактически опять-таки на русском языке.

Но и этого не хочет сказать норма закона, а говорит: «на языке большинства *местного* населения». Другими словами, решающим является вопрос о том, какое большинство имеется в *данной* местности в *каждом данном конкретном случае*. Русский язык как таковой таким образом заранее исключается как язык большинства населения, только большинство населения данной местности является решающим фактором; никакими принципиальными привилегиями этот язык, хотя на нем говорит большинство населения всей страны, согласно тексту закона, не пользуется.

В этом выразилась принципиальность постановки самой проблемы и принципиальность в ее разрешении.

Суд имеет своей задачей в первую голову обслуживать население — вот что одновременно говорит эта формула, а следовательно, интересы населения являются решающим моментом (а не интересы государства, «нации» и т. д.). Поэтому формула говорит о языке большинства местного населения как о таком, на котором должно, как общее правило, вестись судопроизводство.

Однако термин «как общее правило» сам по себе говорит о том, что из этого правила могут быть исключения. Описанию того, как должен поступать суд в случаях, когда признает необходимым это исключение, в частности — когда применение этого общего правила будет сталкиваться с интересами участвующих в деле лиц, и посвящен дальнейший абзац ст. 15.

«Вместе с тем, — говорит дальше эта статья, — на судебные учреждения возлагается обязанность принимать все *доступные меры*, чтобы обеспечить возможность ведения уголовных дел на языке обвиняемых, если последние принадлежат к национальному меньшинству».

Эта формула не менее полна, чем первая. «Суд обязан» — этим закон подчеркивает не факультативность, а долг судебных учреждений, а следовательно и государства, принимать, как говорит дальше закон, «все доступные им меры» к разрешению задачи «обеспечения возможности ведения дела на языке обвиняемых».

Так как, в силу первого абзаца ст. 15, интересы большинства населения, а следовательно и интересы общественно-публичного порядка, во имя которых работает суд, уже обеспечены (гласность суда и его общепонятность благодаря употреблению языка большинства местного населения), — второй задачей, которую ставит закон, является обеспечение интересов *обвиняемых* как стороны. Поэтому забота о ведении дела на языке обвиняемых указана здесь как задача, которую должен преследовать суд, «если последние принадлежат к национальному меньшинству». Этими последними словами законодатель предусматривает в частности случай, когда население данной местности состоит из двух или больше народностей.

Этим закон, однако, не ограничивается. «В этих случаях, — говорит закон, — суд до назначения дела к слушанию решает в распорядительном заседании вопрос о языке, на котором будет вестись производство дела». Союзный закон таким образом входит тут непосредственно в рассмотрение технических деталей разрешения данной задачи, причем, что чрезвычайно важно, конкретно указывает, какими критериями должен руководствоваться в распорядительном заседании суд при решении вопроса о языке, на котором будет вестись производство дела.

«Интересы наиболее полного выяснения дела» ставит здесь закон в первую голову. Конечно, это последнее может быть максимально достигнуто, если дающие объяснения лица — свидетели и обвиняемый — будут говорить на родном языке. «Интересы гласности

суда»—таков второй критерий, поскольку производство на языке, непонятном для аудитории, фактически аннулирует значение гласности суда. И третье, чем должен руководствоваться суд,—«интересами обвиняемых».

Эти три критерия закон выставляет как такие, которые должны в совокупности решить вопрос о языке, на котором будет вестись производство дела. Все это закон указывает для разрешения этой проблемы, когда налицо население смешанного состава, когда имеются различные группы населения, говорящие на различных языках. И все это все же не разрешает вопроса, как обеспечить интересы обвиняемых, если все заседание судопроизводства придется вести на непонятном для них языке.

Об этом говорит последний абзац ст. 15.

Это может быть в том случае, когда обвиняемый принадлежит к национальности, которой вовсе нет в данной местности или которая отнюдь не является ни большинством ни меньшинством. Это может иметь место и в том случае, когда по тем или иным соображениям признано необходимым вести производство на чужом для него языке. Во всех этих случаях закон дает одну общую норму, исполнение которой ставит в качестве обязательства для всякого суда.

«Если участвующие в деле лица,—говорит здесь закон,— не владеют языком, на котором ведется данное дело, то следственные органы и суд (чрезвычайно важно отметить, что здесь закон упоминает не только о суде, но и о следственных органах, распространяя этим самым действие всех указанных норм во всех случаях и на следственный аппарат) обязаны пригласить переводчика и через последнего ставить заинтересованных лиц в известность о каждом процессуальном действии».

Так точно и в то же время полно указывает союзный закон, каким образом должны быть обеспечены интересы максимального раскрытия истины, и интересы обвиняемых, и интересы публичного порядка—равноправия языков на территории СССР.

Вся ст. 15, как мы уже сказали, представляет собой настолько исчерпывающе и полно разработанную норму, что по существу мало что придется республиканским кодексам здесь дополнять, как равно мало что приходится дополнить и к произведенному нами анализу. Тем более мы считаем нужным отметить прогресс в смысле содержания этой статьи по сравнению с действующей нормой республиканского кодекса РСФСР.

Соответствующая норма РСФСРовского кодекса говорит: «Производство по уголовным делам ведется на русском языке или на языке большинства населения данной местности» (ст. 22). Уже это одно противопоставление представляется принципиально неправильным, ибо презумпция о том, что русский язык является почему-то привилегированным языком, вытекает уже из самого текста, между тем как русский язык, даже на территории РСФСР, отнюдь не может считаться языком большинства населения. Тем более было бы неверно это сказать в общесоюзном законе.

Дальше ст. 22 говорит: «В случаях, когда обвиняемые, потерпевшие, свидетели или эксперты не владеют языком, на котором ведется производство по данному делу, суд обязан приглашать переводчиков и ставить заинтересованных лиц в известность о каждом производимом судом действии через переводчика». Здесь неточным по сравнению с общесоюзным законом, является, во-первых, неупоминание о следственном производстве и, во-вторых, — то, что в законе дальше ничего не говорится, как должен поступить суд, когда на данной территории налицо имеются две или больше национальности и чрезвычайно трудно определить, какую из них должно отнести к большинству,— случаи, предусмотренные в союзном законе.

Единственным достоинством ст. 22 по сравнению с общесоюзным законом является ее последний абзац, специально трактующий о том, что «обвинительное заключение и другие документы должны быть вручены обвиняемым в этих случаях переведенными на родной язык обвиняемого и оглашаться, если он того требует, на его родном языке». И дальше: «Всякого рода бумаги и заявления могут быть подаваемы каждым из заинтересованных лиц на их родном языке, если удостоверено, что эти лица не владеют языком, на котором ведется производство по данному делу».

Если бы в этом абзаце не было последних слов: «если удостоверено, что эти лица не владеют языком...» и т. д., весь абзац получил бы принципиальное значение как декларированное законом право каждого писать на родном языке бумаги, направляемые в официальные учреждения. Эту декларацию закон признал, однако, ненужной и поэтому требует сверх того от заинтересованных лиц удостоверения, что эти лица не владеют языком, на котором ведется производство дела. Поскольку эта оговорка сделана, весь абзац теряет принципиальное значение и получает значение лишь техническое. Вот почему, пожалуй, прав был союзный закон, когда

этого абзаца не включил, хотя упомянуть о том, что обвинительное заключение и другие документы должны быть вручаемы обвиняемым уже переведенными на их родной язык, может быть, было бы и целесообразно. Во всяком случае, поскольку республиканские кодексы, развивая основные принципы ст. 15, всегда могут этот пробел заполнить, нет особых оснований жалеть о том, что опущение этой детали имело место. Других замечаний ст. 15 в порядке анализа ее политического содержания и конституционного и технического значения не вызывает.

Ст. 16—«О порядке взаимоотношений судебных учреждений Союза и союзных республик с иностранными государствами, находящимися в дипломатических отношениях с нашим Союзом».

Мелкой и не принципиальной по сравнению со ст. 15 является ст. 16 «Основ», также с достаточной подробностью рассматривающая один, по существу частный, вопрос — *о порядке взаимоотношений судебных учреждений Союза и союзных республик с иностранными государствами, находящимися в дипломатических отношениях с нашим Союзом.* Однако ее место в числе основных союзных статей представляется совершенно обоснованным. Практически она, однако, имеет чрезвычайно ограниченное применение, и поэтому о ней стоит и должно говорить лишь постольку, поскольку ряд технических указаний здесь все же важен и поскольку в ней имеется и некоторое принципиальное содержание. Большого практического значения, как мы уже сказали, эта статья не имеет.

«В случае необходимости,— говорит ст. 16,— выполнения вне пределов территории Союза ССР отдельных процессуальных действий по уголовным делам, находящимся в производстве судебных учреждений Союза ССР и союзных республик, судебные учреждения сносятся с подлежащими судебными или административными органами иностранных государств через Народный комиссариат по иностранным делам».

Таково содержание первого абзаца этой статьи. Она запрещает таким образом непосредственное сношение судебных мест Союза ССР и союзных республик с судебными учреждениями иностранных государств. Нет никакого сомнения, что с формальной точки зрения такое запрещение является чрезвычайно тягостным ограничением, порождающим судебную волокиту и излишнюю переписку; производство некоторых розыскных и следственных действий по истребованию тех или иных документов такого рода ограничение чрезвычайно затрудняет. Однако нет сомнения и в том, что в условиях совет-

ской действительности настоящего текущего момента законодатель был вполне прав, поставив на пути следователя эти дипломатические рогатки. Трудно сейчас сказать, зачем и что может понадобиться нам от судебно-следственных властей буржуазных государств, но сосредоточение всех этих форм сношений через Народный комиссариат по иностранным делам может гарантировать единство для всех выступлений нашего Союза перед внешним миром.

Тем более обоснованным и вытекающим из первого абзаца является второй абзац ст. 16, требующий концентрации всех сношений с нашими судебными учреждениями судебных учреждений иностранных государств также через Народный комиссариат по иностранным делам.

«Судебные учреждения Союза ССР и союзных республик,— говорит второй абзац,— могут принимать от иностранных судебных мест поручения по выполнению отдельных процессуальных действий на территории Союза ССР не иначе, как через посредство Народного комиссариата по иностранным делам». Недолгая практика сношения с иностранными судебными местами уже успела оправдать правильность этого ограничения. Чтобы в этом убедиться, достаточно вспомнить тот случай, когда помимо Народного комиссариата по иностранным делам иностранные суды стремились получить через наши судебные места справки о праве собственности того или иного из бывших владельцев на ныне национализированные предприятия, фабрики и заводы, чтобы этими справками оперировать потом в буржуазном суде, где те же бывшие собственники искали против права собственности на их национализированные ныне предприятия со стороны Советского союза. Медвежью услугу могли бы оказать наши суды выдачей подобных справок, и совершенно правильно поэтому закон поставил под контроль Народного комиссариата по иностранным делам все такого рода сношения.

Наша судебная практика, впрочем, знает недавний случай отступления от этого принципа, отступления, специально оговоренного для Германии, согласно особому с ней об этом договору. Один из германских концессионеров в специальном договоре оговорил право непосредственного сношения с судебными местами РСФСР по делам его концессии. В результате, когда на территории РСФСР возникло уголовное дело, в котором косвенно в порядке гражданского иска был заинтересован данный концессионер, он из-за границы использовал свое право в смысле предъявления гражданского иска на предварительном следствии. Следователь указал, что он не

может принять его заявления иначе, как через Народный комиссариат по иностранным делам, ссылаясь на ст. 16 «Основ уголовного судопроизводства». Концессионер указал, что такое право ему было предоставлено концессионным договором. В этом случае, конечно, должно было признать его право, поскольку концессионный договор, как утвержденный Союзом сепаратный законодательный акт, допустил и регламентировал это изъятие. Отсюда можно сделать только один вывод — что и в отношении концессионных договоров нужно быть сугубо осторожными при их редактировании, чтобы не дать возможности таким образом обходить наши основные законы.

Наконец, последний абзац ст. 16 трактует специально об исполнении такого процессуального действия, вытекающего из факта сношений с иностранными судебными учреждениями, как «выдача лиц, привлеченных к следствию или суду, а также осужденных судебными учреждениями по требованию правительств иностранных государств». Эта выдача, как известно, составляет всегда предмет особых договоров между государствами. В частности, она никогда не распространяется на так называемые «политические» и «религиозные» преступления. Советский союз, объявивший в своей Конституции о том, что он дает пристанище всем лицам, пострадавшим за политические и религиозные преступления, тем более не мог не оговорить особо в союзном законе, как он процессуально регулирует данный вопрос. Последнее было важно для него сверх всего потому, что мы тем самым имели в виду обеспечить и за собой право требовать от иностранных правительств выдачи своей юрисдикции лиц, совершивших преступления на территории Союза.

Впрочем, последнего вопроса открыто наш закон совсем не затрагивает, регулируя лишь требования выдачи, направленные *к нам*. Это прежде всего важно было обеспечить. Порядок требований, идущих от нас, конечно, незачем было специально регулировать. Для этого было достаточно общих указаний первых абзацев ст. 16.

Ст. 16 так регулирует этот вопрос: «Выдача лиц, привлеченных к следствию или суду, а также осужденных судебными учреждениями, по требованию правительств иностранных государств, обращенному к правительству Союза ССР, допускается только в случаях и порядке, установленных договорами, соглашениями и конвенциями Союза ССР с иностранными государствами, или по специальному соглашению Союза ССР с иностранными правительствами, а также специальным законом, издаваемым в порядке общесоюзного законодательства».

Ограничительный момент о том, что для легализации акта выдачи необходимо, прежде всего, специальное соглашение, таким образом выставляется на первый план. Это соглашение, согласно тексту закона, может быть троякого рода. Оно может быть общим договором, соглашением или конвенцией ряда государств, договором, который Союз ССР подпишет одновременно с несколькими другими государствами. В этом случае соглашение является одинаковым для всех этих государств и устанавливает одинаковые нормы по отношению каждого из них к другим. Может быть, однако, и специальное соглашение правительства Союза ССР, заключенное им с рядом буржуазных правительств, в каковом сторонами будут выступать, с одной стороны, Союз ССР, а с другой — все остальные правительства. Эта форма соглашения не будет распространяться на взаимоотношения иностранных государств друг к другу; единым фронтом будут выступать в таком случае эти правительства по адресу СССР, и наоборот. Сюда же подойдет и специальное соглашение правительства Союза ССР с отдельным иностранным государством.

Однако кроме этих трех случаев и этих трех обязательств, падающих на Союз ССР, ст. 16 устанавливает необходимость еще одного специального законодательного акта: условия соглашений должны, кроме того, регулироваться специальным законом, подлежащим изданию в порядке общесоюзного законодательства. Только тогда, когда налицо будет эта дополнительная общесоюзная норма, на основании ее и должны производиться отдельные выдачи. Последнее условие еще раз подчеркивает, как бережно относится наше законодательство к актам выдачи кого бы то ни было в лапы буржуазного суда.

ГЛАВА ДЕСЯТАЯ.

Ст. 17 — «Об отводах».

Ст. 17 рассматривает первую практическую проблему, и может встать на суде при рассмотрении дела технический вопрос о так называемых отводах на суде, другими словами — об устранении последнего препятствия формального характера, которое может мешать дальнейшему нормальному рассмотрению дел. С этой точки зрения ее помещение в «Основах» может быть вполне обосновано. Совершенно правильно также эта статья — небольшая, мало детализированная — излагает действительно только принцип, предоставляя разработку его республиканским кодексам. Нам необходимо на ней

остановиться лишь постольку, поскольку важно подвергнуть анализу самый этот принцип, с одной стороны, а с другой — рассмотреть, насколько правильна, с нашей точки зрения, его формулировка, данная законом.

Текст ст. 17 гласит: «Судья, прокурор, следователь или лицо, производящее дознание, не могут принимать участие в производстве дел в каких бы то ни было его стадиях, если они лично, прямо или косвенно, заинтересованы в этом деле.

«Порядок отвода этих лиц от участия в деле и случаи обязательного отвода определяются законодательством союзных республик».

Прежде всего, по существу о самом принципе: правилен он или неправилен? Простая логика обеспечения действительного беспристрастия суда говорит о его правильности. Конечно, трудно верить суду, состав которого дает основания предполагать, что судьи могут не беспристрастно решить данное дело. Поэтому вполне понятен и категорический текст закона: «*не могут принимать участия* в производстве дела *в каких бы то ни было его стадиях* лица, *прямо или косвенно заинтересованные* в этом деле».

Этот правильный принцип, однако, едва ли может быть признан в полной мере правильным в той формулировке, в какой он дан в законе. Прежде всего, правильно ли закон устанавливает требование отвода в отношении всех поименованных в ст. 17 лиц? Что касается судьи, то требование закона не вызывает сомнений, ибо судьи как таковые решают дело. Может быть, правильно отнесены к той же категории лиц прокурор и следователь, хотя едва ли следователь подлежит обязательному отводу, поскольку его работа протекает через ряд дел, поверяется рядом инстанций и ничего по существу дела следователь не решает. Тем более это отнесится к лицам, производящим дознание, ограниченным в своих полномочиях и поверяемым сверх того еще следователем. Поскольку, однако, закон применил данную категорическую формулу, особых оснований возражать нет.

Но во всяком случае вызывает возражения формулировка, данная законом: «если они лично, прямо или косвенно, заинтересованы в этом деле». Всякий следователь или прокурор, проведший определенное дело косвенно, во всяком случае лично заинтересован, если он убежден в правильности своей деятельности, в том, чтобы довести производство дела до конца и закончить его обвинительным приговором суда. Между тем, исходя из текста статьи, следователь, принимавший участие, скажем, в следственном производстве, не мо-

жет выступить на судебном следствии в качестве обвинителя; то же может относиться и к прокурору, после того как он санкционировал обвинительное заключение следователя. Едва ли следует думать, что закон имел в виду такое ограничение. Слова «лично, прямо или косвенно, заинтересованы» отнюдь не могут быть так широко толкуемы и должны подразумеваться лишь как указывающие на личную, корыстную или во всяком случае *не вытекающую из добросовестного отношения к делу со стороны этих лиц заинтересованность*. Эту оговорку мы считаем необходимым сделать.

Высказав этот основной принцип, закон дальше уже ничего не говорит по этому поводу, предоставляя республиканским законодательствам детальную разработку техники отвода. «Порядок отвода этих лиц от участия в деле и случаи обязательного отвода,— говорит закон,— определяются законодательством союзных республик». Отсюда вытекает лишь то, что закон допускает случаи, когда отвод не является обязательным.

УПК РСФСР довольно детально в целом ряде статей (41 и 49) рассматривает все случаи отвода. Интересно, что он распространяет требование отвода и на секретарей, переводчиков и экспертов. Однако наиболее детализированным является требование отвода в отношении судей, что, конечно, совершенно правильно. УПК РСФСР одновременно специально предусматривает случай, когда отвод является недействительным: так, отвод, заявленный против прокурора только на том основании, что он принимал участие в производстве следствия по данному делу или поддерживал обвинение, не подлежит принятию судом. Равным образом УПК РСФСР ограничивает отвод моментом открытия заседания. Позднейшие заявления допускаются лишь в случаях, когда основания отвода стали известны суду или лицу отводящему после начала судебного заседания (ст. 46). Отвод, по УПК РСФСР, разрешается участвующими в деле судьями в отсутствии отводимого судьи; при равенстве голосов судья считается отведенным.

ГЛАВА ОДИННАДЦАТАЯ.

О судебном процессе.

По существу ст. ст. 18—22 включительно определяют то, что именуется судебным процессом в узком смысле этого слова, т. е. порядок рассмотрения судом уголовных дел, после того как они перешли в суд для окончательного разрешения. Все предыдущие статьи, рассмотренные нами, были посвящены разрешению тех или

иных частных вопросов или проблем подготовительного характера, во всяком случае имеющих место до начатия судебного рассмотрения дела. Эти статьи, как мы видели, не содержат и не разрешают, кроме некоторых из них, касающихся порядка лишения свободы на предварительном следствии, основных процессуальных вопросов в тесном смысле этого слова. Мы не видели ни одной статьи, которая говорила бы о распорядительном заседании как о таковом, ни о порядке допущения или недопущения свидетелей, экспертов и т. д. Кроме ст. 14, говорящей о публичности заседаний, мы, пожалуй, не найдем ни одной статьи из рассмотренных нами до сих пор, которая бы трактовала о чисто процессуальных вопросах.

Этот дефект, причины которого мы выяснили в самом начале, остается характерными для всего рассматриваемого закона. Точно так же техники самого судебного процесса не указывают ни ст. 18, ни 19, ни 20, ни 21, ни ст. 22. В лучшем случае они рассматривают отдельные процессуальные моменты, как, например, ст. 22, трактующая о порядке изменения первоначальной формулировки обвинения, или ст. 19 — об условиях, при которых возможно слушание дела в отсутствии обвиняемого. Более принципиальными являются ст. ст. 20 и 21, о которых мы будем говорить ниже, трактующие о правах и обязанностях сторон. Единственной, обрисовывающей по существу порядок процесса, является основная из всего разбираемого раздела ст. 18, о которой поэтому мы прежде всего и будем говорить.

Во всяком случае должно отметить, что общесоюзный закон, намечая здесь ряд принципиальных положений, картины судебного процесса как такового не дает, да и сами эти принципиальные положения излагает в довольно не систематизированном виде. Этот недостаток «Основ судопроизводства» остается, как мы сказали, характерным для всего документа.

Ст. 18 является основной статьей, однако она построена как статья, трактующая, на первый взгляд, о сравнительно частном вопросе — о том, на кого возлагается поддержание обвинения на суде. Одновременно она рассматривает затем порядок допущения защиты и таким образом, как бы мимоходом, разрешает основной вопрос построения процесса *как состязательного в его основе.* Такое заключение следовало бы сделать из факта упоминания о защите, если подойти к этой статье, как к статье, определяющей принципы нашего процессуального права. Такой вывод и делали до сих пор все теоретики при разборе этой статьи; больше того, возможно, что

именно так трактовали ее и авторы «Основ судопроизводства», когда эта статья писалась. И, тем не менее, мы должны прежде всего указать, что именно этого принципа ст. 18 не устанавливает; больше того — текст ее таков, что она его отвергает.

Вот почему мы считаем крайне важным и необходимым,— памятуя все то, что мы раньше говорили о принципе состязательности процесса, как догме, унаследованной нами от буржуазного права,— подвергнуть сейчас этот принцип анализу и оценке, раньше чем мы приступим к разбору самой ст. 18.

Иное дело, если бы эта статья была сразу формулирована таким образом: судебный процесс строится на началах состязательности сторон, одинаково и равно представленных на суде. То, что в законе ничего похожего на такую формулировку нет, является обстоятельством, с которым нельзя не считаться.

Что же в самом деле гласит эта статья? В своем первом абзаце она устанавливает твердо и достаточно категорически следующее основное начало процесса: «Обвинение на суде поддерживается прокуратурой и другими указанными в законе должностными лицами, а также уполномоченными на то представителями общественных организаций рабочих и трудового крестьянства».

Что означает понимаемый в прямом смысле — так, как он написан в законе — этот абзац? Он означает, прежде всего, *обязательное наличие* на суде государственного обвинения в той или другой форме. «Обвинение на суде поддерживается прокуратурой»,— говорит закон, а на-ряду с прокуратурой поддерживать обвинение в известных случаях могут, согласно закону, другие должностные лица, представители общественных оргнаизаций и потерпевшие.

Об этой факультативной возможности параллельного участия в процессе непредставителей государственного обвинения и порядке передоверия этого права государственного обвинения другим лицам и говорит вторая часть первого абзаца ст. 18, указывая, что «порядок и условия поддержания обвинения прокуратурой, другими должностными лицами и представителями общественных организаций рабочих и трудового крестьянства, а равно случаи, когда право обвинения на суде представляется потерпевшему или другим частным лицам, устанавливаются законодательством союзных республик». Вот что говорит закон.

В цитированном абзаце мы не найдем ни одного слова, которое рисовало бы нам судебный процесс без участия представителей обвинения. Вот первое, что должно быть отмечено. Причем напрасно

мы искали бы в дальнейшем тексте этой статьи, или в какой-либо из последующих статей указания на возможность процесса без представителей обвинения. И, наоборот, об этом совершенно ясно и недвусмысленно говорит закон тогда, когда говорит о защитниках.

«Обвиняемым, — говорит второй абзац ст. 18, — предоставляется *право* иметь при производстве дела в суде защитников», причем в известных случаях назначение защитников обязательно. Однако «случаи обязательного допущения защитника, — как говорит последний абзац ст. 18, — случаи обязательного назначения судом защитника и *случаи недопущения участия защитников* определяются законодательством союзных республик». Закон знает, таким образом, случаи, когда защитника может не быть вовсе на суде, и закон не знает случаев, когда на суде нет представителя обвинения.

Таков текст закона, такова его логика, обязательная для всех законодателей, для всех союзных республик. Вывести из цитированного текста построение процесса на основе принципа состязательности, как мы видим, совершенно нельзя, да и не нужно, поскольку сам этот принцип, как мы в свое время указывали, представляется для нас в настоящий момент в значительной степени спорным.

Обосновав таким образом на тексте закона наше первое утверждение о том, что принципа состязательности наш закон не знает, мы позволим себе обратиться теперь к оценке самого его существа.

Принцип состязательности процесса свое полное развитие как краеугольный камень буржуазного процесса получил в половине XIX в., в связи с реформой суда, и пришел на место розыскного и обвинительного принципов, на которых строился дореформенный процесс. В особенности резкий переход такого рода пережила царская Россия. Юридический принцип состязательности процесса знаменует собой такое построение его, при котором государство берет на себя обязанность доказать перед судом совершение преступного факта со стороны привлеченных к суду лиц. Последним дается возможность гласно и публично опровергнуть обвинение, причем в качестве презумпции, лежащей в основе этого процесса, является предпосылка о том, что подсудимый не совершил преступления, пока прокурор или вообще обвинение, выступавшие как сторона, не доказали обратное. Причем подсудимый равен обвинителю — такова основная сущность этих принципов.

Вся конструкция такой постановки характерна для той историко-политической обстановки, в какой возник этот процесс. Теснейшая

связь этого процесса с институтом присяжных заседателей, решающих вопрос о доказанности преступления, независимо от коронного суда, ясна сама собой. Логическими выводами равноправия сторон явились: допущение защиты в суд на равных правах с обвинением и свободная корпоративная организация самой защиты. Все это — явление одного политического порядка, результат одной социально-политической обстановки.

В области техническо-процессуальной принцип состязательности привел, однако, к совершенно нелепому выводу — обязательности для двух добросовестно желающих исполнить свои обязанности лиц утверждать заведомо противоположные вещи: одно из них обязательно должно обвинять, другое обязательно защищать, другими словами — одно обязательно должно говорить «нет», когда другое говорит «да», и наоборот. Над этими спорящими сторонами вырисовывается фигура бесстрастного судьи, призванного решать старый вековечный вопрос — где истина?

Это абсурдное построение, упирающееся, в конце концов, в необходимость для одной из спорящих сторон заведомо кривить душой и лгать суду, ибо двух истин быть не может, не могло не привести к признанию явной нецелесообразности этого построения с точки зрения тех основных идей, которые лежат в основе *наших* принципиальных воззрений на существо и задачи пролетарского суда. Исходная точка зрения на задачи суда, как органа, долженствующего установить, прежде всего, факт материальной истины, затем общественно-социальную опасность установленного факта, чтобы в связи с этим применить соответствующую меру социальной самозащиты общества, — эта основная точка зрения не могла допустить такого построения процесса, при котором заведомо следовало бы предположить, что одна из сторон должна лгать, т. е. *скрывать от суда материальную истину* и тем самым уменьшать самооборону общества. Антиобщественный характер такой постановки вопроса слишком бил в глаза, чтобы пролетарские юристы могли пойти на такое построение процесса. Вот почему основным и принципиальным нашим утверждением при рассмотрении основ процесса должно явиться отрицание принципа состязательности, взятого в его чистой форме, как только выросшая и ставшая на свои собственные ноги пролетарская юридическая мысль смогла освободиться от фетишистского преклонения перед догмой буржуазного права и освободиться из плена тех либерально-буржуазных идей, в котором она находилась в первый момент своей истории (см. выше).

Это не значит, конечно, что мы не должны и не можем заимствовать некоторые *технические методы и приемы* состязательного процесса, *полезные* как средство установления истины. Чего мы не признаем — это: 1) обязательности защиты, 2) ее обязанности «вытаскивать» обвиняемых из «лап» суда, 3) права защиты знать и скрывать истину от суда и т. д. Защита должна быть *помощником суда*, а не его противником — вот тезис, который мы не на словах, *а на деле* хотим провести в жизнь в нашем процессе.

Отрицание принципа представительства «сторон» в процессе и явилось поэтому принципиальным положением пролетарского процесса тогда, когда он освободился из этого плена. Однако мы до сих пор не знаем ни одного закона, в котором это отрицание в достаточно резкой форме было бы выявлено. Первым таким законом должно признать ст. 18 «Основ судопроизводства» в том ее понимании, которое мы дали выше, хотя, как мы это тоже выше оговорили, едва ли при составлении «Основ» авторы ст. 18 в полной мере отчетливо сознавали огромную важность того революционного шага, который они делали, так, а не иначе средактировав статью.

Что дело обстояло именно так, свидетельствует то, что УПК РСФСР 1922 г. не знает статьи, аналогичной ст. 18, ни по тексту ни по основным положениям. Если ст. 8 УПК РСФСР и говорит, что обвинение на суде поддерживается прокуратурой, то одновременно ст. 55 указывает, что участие защиты при рассмотрении дел *обязательно по делам, в которых участвует обвинитель.* Эта норма заимствована еще из Положения о суде 1920 г. и с тех пор переходила из одного законодательного акта в другой без всяких изменений.

«Основы» 1924 г. явились первым памятником, в котором эта норма в такой категорической форме отсутствует. Наоборот, союзный закон не знает исключений, когда должно было бы отсутствовать обвинение, но знает исключения, когда отсутствует защита. Правда, тот факт, что в течение всех этих лет наш процесс фактически строился так, что судебное рассмотрение при отсутствии прокуратуры имело место почти в 80% всех рассмотренных дел, не только не вяжется с основой этого принципа, как мы его излагаем, но даже находится с ним как будто в кричащем противоречии. Об этом мы ниже будем особо говорить, а пока отметим лишь, что принципа равенства сторон и самого термина «стороны» не знает ст. 18.

Что же она устанавливает как принцип или, вернее, как же мыслит она процесс согласно прямому тексту закона? Исходя из текста статьи, можно с достаточным основанием утверждать, что она его мыслит как доклад государственного чиновника, доклад обвинения суду о фактах, установленных в порядке предварительного расследования; она мыслит суд как орган самообороны пролетарского государства, рассматривающий собранные факты, их поверяющий и, в связи с этим, выносящий определенное решение. Она рассматривает, наконец, в этом разрезе защиту как специального помощника суда, который может и должен быть в определенных случаях допущен тогда, когда его помощь может быть признана судом необходимой, однако не в целях утверждения заведомой неправды, в противоположность утверждению обвинителя, а в целях, прежде всего, выявления и выяснения всех обстоятельств по делу.

Так, и только так можно понимать текст ст. 18 в том изложении ее основных принципов, какое мы дали в предыдущих цитатах. Этим, конечно, не исчерпываются все вытекающие отсюда процессуальные и организационные проблемы,—этим намечается, однако, *основной угол* зрения, который устанавливает закон, и это должно иметь в виду, подходя к разрешению той же проблемы положительным способом, т. е. разрешению того, как же, по нашему мнению, на точном основании «Основ» и исходя из общих принципов и наших воззрений на задачи суда, должен быть построен наш судебный процесс.

Он должен строиться так, чтобы в максимальной степени обеспечить установление фактов — это, во-первых, с презумпцией о том, что во всех случаях *интересы целого*, интересы *сохранения* данного общественного порядка должны явиться решающим и преобладающим критерием, которому должны быть подчинены все остальные соображения, в том числе и соображения так называемых интересов обвиняемых — во-вторых.

Только так должен подходить к вопросу пролетарский суд в отличие от архи-индивидуалистической буржуазной точки зрения: «не пойман — не вор», с какой подходит к делу буржуазный процесс. И, наконец, не «стороны» должны быть перед судом, а сотрудники, имеющие одну задачу — защиту данного государственного порядка и интересов данного общественного класса. Такова должна быть третья исходная основная точка зрения нашего процесса.

При такой постановке вопроса нет необходимости в целом ряде формальностей, наоборот, логически вытекающих из принципа со-

стязательности и основных начал буржуазного процесса, в частности ни в специальной конструкции защиты как независимой корпорации, ни в обязательности ее присутствия при выступлениии обвинителя, ни в так называемой *тайно-совещательной комнате.* Вполне возможно, наоборот, *открытое* голосование судей, удаляющихся в особое помещение при особой сложности дела. Тем более уже нет нужды в *раздельном построении* коллегии народных заседателей от коллегии коронных судей.

Но что безусловно должно быть сохранено и при таком построении процесса — это обязательность вести его по возможности *публично*, с максимальным предоставлением привлеченным к делу лицам возможности *представить доказательства*, говорящие в их пользу, с *сохранением их прав на опровержение выставляемых обвинением доказательств,* представления необходимых документов и т. д. Так именно и строит сейчас свой процесс УПК РСФСР согласно проекту предварительной комиссии. И нашей задачей является пока что доказать, что с точки зрения «Основ» здесь нет не только нарушений этих «Основ», а, наоборот, лишь действительно последовательное и точное проведение в жизнь их основных идей.

Установив этот общий основной угол зрения, мы позволим себе перейти сейчас непосредственно к анализу текста ст. 18 в его отдельных частях.

Процитированный выше первый абзац ст. 18, устанавливающий категорическое требование присутствия прокуратуры во *всяком* судебном процессе, вызывает первые наши сомнения в смысле полной целесообразности этого требования. На деле, как мы говорили, обвинение на суде поддерживается прокуратурой лишь в 20% всех рассматриваемых дел, и нет никакой нужды в том, чтобы оно всегда поддерживалось именно прокурорским надзором. Из истории нашего процесса и наших судов мы знаем, что в революционных трибуналах, как правило, прокуратура отсутствовала: отсутствует она, как правило, и в народном суде. Разобрать сравнительно пустяковое дело или разобрать дело, где требуется жесткая и быстрая репрессия, можно всегда без сторон, в том числе и без обвинения. Доложить дело сможет также председатель суда или член суда, как и прокурор.

Важно лишь, чтобы кто-либо от имени государства, как публичной власти, выступал, *начиная* дело с изложения фактов, доказывающих необходимость судоговорения и принятия *мер самообороны* со стороны государства и общества.

Только исходя из принципа бесстрастия судьи или такого построения суда, при котором лучшим порядком судебного рассмотрения признавался бы такой, когда судьи должны садиться за судейский стол, совершенно ничего не зная о деле, — можно не допускать доклада члена суда.

Этот последний принцип последовательно проводился в буржуазном процессе с присяжными заседателями, когда, как правило, именно выставлялось требование, *чтобы судьи нечего не знали по делу* до открытого заседания и затем во время процесса не могли читать газет, не могли уходить из суда домой и должны были решать дело исключительно на основе того, *что они видят и слышат на суде.* Наши воззрения на суд, как на орган государственной самоохраны, конечно, исключают подобный лицемерный пуризм, тем более, что он фактически и объективно не осуществим, поскольку под стеклянным колпаком заседателей не держит и буржуазный суд, и они из газет всегда знают и то, что происходит на суде, и то, что происходит *вне суда.*

Во всяком случае наши основные воззрения на суд не только допускают, но и объективно требуют допущения доклада дела судьей при отсутствии в каждом деле прокуратуры.

Остается вопрос — как увязать это с текстом закона. Здесь должно прямо сказать, что текст статьи «Основ» таков, что соответствующие изменения могут быть проведены только в законодательном порядке.

Эти изменения могут быть таковы: первый абзац должен быть изменен путем вставки — «обвинение на суде, как правило, поддерживается прокуратурой». А во второй абзац нужно вставить: «порядок и условия поддержания обвинения прокуратурой, а равно случаи, когда рассмотрение дел возможно без участия прокурорского надзора... и т. д., могут быть установлены законодательством союзных республик». Может быть целесообразно было бы для уточнения этих случаев изъятия указать, что участие прокуратуры в деле обязательно по таким-то категориям преступлений, или, наоборот, что участие прокуратуры может быть признано необходимым как судом при назначении дела к слушанию, так и предложено по указанию высших должностных лиц прокурорского надзора. Наконец, может быть еще более целесообразно установить ту же самую формулу другим порядком, сказав, что, как правило, суд рассматривает дела без участия сторон (народный суд) и прокуратура участвует в деле либо когда она сама признает это нужным, либо когда это при-

знает необходимым суд, и обязательно участвует сверх того по определенной категории дел, прямо указанной в законе.

Последняя формула нам представляется, пожалуй, наиболее целесообразной. Такое изменение подсказывается не только практическими соображениями, но и, прежде всего, соображениями бюджетного характера, поскольку при ином положении пришлось бы при каждом участке народного суда иметь представителя прокурорского надзора.

Вот что нам представляется необходимым сказать по поводу целого абзаца ст. 18.

Кого же еще допускает закон в качестве представителя обвинения на суде? Прежде всего, «указанных в законе должностных лиц». Кто эти лица, закон, к сожалению, не указывает. УПК РСФСР в качестве этих должностных лиц допускает представителей разного рода инспекций по делам их ведения — представителя РКИ, инспекцию труда, санитарную инспекцию, горную и т. д. Ст. 50 РСФСР-овского УПК говорит об этих инспекторах, что они могут выступать «лишь по делам их ведения». Последнее, однако, не исключает участия прокуратуры: факультативно закон может мыслить совместные выступления их, как равно может мыслить и акт передоверия.

Второй категорией лиц, имеющих право факультативного выступления на суде, являются «уполномоченные на то представители общественных организаций рабочих и трудового крестьянства». В первую голову здесь подразумеваются, конечно, профессиональные союзы. Закон предполагает, что, так как эти общественные организации всегда будут стоять на страже данного общественного порядка, установленного советской властью, им должны быть в этом отношении даны особые льготы. УПК РСФСР еще точнее определяет их права, указывая, что «другие лица могут быть допущены к участию в деле в качестве обвинителя только по особому определению суда, вынесенному в распорядительном или судебном заседании по данному делу», тогда как для представителей профессиональных союзов достаточно простого заявления. Закон не дает права суду запретить им выступление в качестве обвинителей.

Так решает вопрос УПК РСФСР. Союзный же закон ограничивается в этом отношении только ссылкой на республиканские законодательства: «Порядок и условия поддержания обвинения прокуратурой и другими должностными лицами и представителями общественных организаций рабочих и трудового крестьянства, — говорит он, — устанавливается законодательством союзных республик».

Этими категориями исчерпывается комплекс тех лиц, которые могут выступать в суде в качестве обвинителей в порядке защиты публичного интереса. Особую категорию представляют лица, которые также могут выступать в суде в качестве обвинителей, однако уже не как защитники публичного интереса, а как защитники, в первую голову, интересов частных, к каковым закон относит интересы потерпевшего от преступления. Эти лица, являясь защитниками своих интересов, отличаются и от представителей государственного обвинения, от представителей профсоюзов и от представителей других должностных лиц. От представителей профессиональных союзов они отличаются тем, что лишь по определенной категории дел им предоставлено право выступать в суде без специального разрешения, а именно — по некоторым делам о преступлениях, от которых они понесли ущерб. От представителей других частных лиц они отличаются тем, что для их выступлений по этим делам не требуется никакого специального решения суда. От прокуратуры и общественных обвинителей они отличаются тем, что вообще ничем не связаны в своих выступлениях с прокуратурой; общественные же обвинители, как мы знаем, выступая по ордеру прокурора, связаны в своих выступлениях общими директивами последнего и не могут поддерживать обвинения тогда, когда государственный обвинитель от обвинения отказывается.

Ст. 18 предоставляет, однако, законодательству союзных республик точное определение случаев, когда право обвинения на суде предоставляется потерпевшему и другим частным лицам. Но в развитие этого принципа союзный закон вперед указывает республиканским законодательствам, что, в случае предоставления ими права обвинения потерпевшему и другим частным лицам, они должны предоставлять им право выступать на суде не только лично, а и через своих представителей. Это право представляется, конечно, вполне логичным развитием самого принципа представительства, поскольку те или иные обстоятельства могут мешать потерпевшему лично выступать в суде и использовать это свое право. Закон знает в этом отношении термин «представительства интересов». Этот термин чрезвычайно характерен для определения самого существа частного обвинения: частный обвинитель защищает именно *свои* интересы, а посему именно как «представителей интересов» характеризует закон его уполномоченных лиц.

Чтобы покончить с этими представителями обвинения, остановимся еще на одном указании ст. 18. К этим представителям закон

относит еще гражданского истца, выступающего на суде с требованием возмещения материального ущерба, происшедшего от преступления. Частный обвинитель может не требовать материального возмещения, — гражданский истец требует его прежде всего. Закон ставит их в равное положение, относя определение условий и порядка допущения и гражданского истца и его представителей к законодательству союзных республик. Это упоминание в союзном законе вообще о допущении гражданского истца в процессе для поддержания обвинения представляется вполне правомерным.

Несколько иначе стоит вопрос о «гражданском ответчике», о котором равным образом упоминает ст. 18, говоря в конце первого абзаца: «потерпевшему и другим частным лицам, которым предоставлено право обвинения, а равно гражданскому истцу и *гражданскому ответчику* предоставляется иметь на суде представителей своих интересов». О гражданском ответчике незачем было упоминать в абзаце, сплошь посвященном вопросу об обвинении. Это упоминание нужно было бы отнести ко второй части ст. 18, трактующей уже о защите, тем не менее оно имеется именно здесь.

УПК РСФСР в ст. ст. 51 и 52 специально детализирует это общее указание союзного закона, разъясняя, кто может быть «представителем интересов» и что разумеется вообще под этим понятием. Об этих деталях нам нет нужды говорить сейчас, при разборе общесоюзного законодательства.

Как бы то ни было, вся первая половина ст. 18 построена законом таким образом, что в качестве обязательной фигуры на суде, согласно закону, выступает прокурор и лишь затем, в порядке допущения судом на разных условиях и в разной квалификации, перечисляются остальные лица, могущие поддерживать обвинение.

Интересно указать еще на одну принципиальную частность, которую не счел нужным определить союзный закон, что нельзя не поставить ему в упрек как пробел: столько говоря о допущении частного обвинения, наш союзный закон должен был указать, — и это важно было отметить именно в союзном законе, — что дела, возникшие по частному обвинению, *должны прекращаться* за неявкой частного обвинителя. Это правило знает УПК РСФСР, это правило знают УПК всех союзных республик, но этого правила, к сожалению, не знает ст. 6 «Основ судопроизводства», так детально, как мы видели, перечислявшая случаи, когда дело подлежит обязательному прекращению. Неявку потерпевшего по делам, где

ему предоставлено право поддержания обвинения, как обязательно влекущую за собой прекращение дела, должен был отметить общесоюзный закон.

Этим ограничиваются указания закона о *технике* нашего процесса, как он выражен в ст. 18. Тот факт, что практика наша установила на деле *два типа процесса*: со «сторонами» и без таковых,— и поскольку мы выше указали, что обеспечить на 100% участие прокуратуры в суде мы не можем, да это и не нужно,— оба эти *типа* процесса мы считаем необходимым особо выявить и особо рассмотреть. Вопрос о том, что *ст. 18* не знает процесса *«без сторон»*, как мы уже сказали выше, не должен нас останавливать.

Если для народного суда, где обвинение не участвует, техника процесса представляется сравнительно простой и может быть сведена к моментам — изложению существа дела членом суда, допросу обвиняемых, потерпевшего и свидетелей и вынесению затем соответствующего судебного решения, — то совершенно иначе должен быть поставлен этот вопрос при подходе к проблеме построения процесса при наличии прокуратуры и защиты или хотя бы одной только прокуратуры. Что возможен именно этот второй случай, явствует опять-таки из текста ст. 18, и мы видели уже, что нельзя привести в должной мере серьезных аргументов против допущения процесса с участием одного только прокурора. Интересы дела могут требовать обстоятельного доклада прокурорского надзора и признания ненужной защиты в качестве подсобного органа по выяснению тех или других обстоятельств; наш пролетарский процесс должен допускать участие защиты в суде только в качестве подсобного органа суда в области отыскания материальной истины. Ввиду некоторой «парадоксальности» наших выводов мы позволим себе этот раз обстоятельно разобрать данный момент.

Что дело обстоит именно так, явствует прямо из текста статьи. «Обвиняемым, — говорит второй абзац ст. 18, — предоставляется право иметь при производстве дела в суде защитников». Предоставление *права иметь* еще не есть возложение на суд обязанности допускать защиту; термин «право иметь» предполагает лишь, как правило, наличие защитника, если обвиняемый этого захочет. Здесь допущение защиты ставится в факультативную зависимость от привлеченных к суду (если они этого захотят. Но, может, и не захотят?). Последнее как бы подтверждается второй фразой второго абзаца, где закон указывает, что «в случае невозможности для об-

виняемого пригласить защитника *суд, по заявлению обвиняемого, обязан назначить ему защитника»*. Наличие защиты этим, однако, вовсе не декретируется для всех случаев. Заключительный абзац ст. 18 прямо исключает такое толкование. «Случаи обязательного допущения защитника... *и случаи недопущения участия защитников*,— говорит этот абзац,— определяются законодательством союзных республик».

Таким образом вопрос сводится к разрешению следующей проблемы: может ли законодательство союзных республик при определении случаев недопущения участия защиты исключить целиком допущение ее даже тогда, когда обвиняемый заявляет о своем праве и желании ее иметь?

Нет ни малейшего сомнения, что ответ на это может быть только положительный, иначе создалось бы совершенно ненормальное положение, при котором предусмотренный законом случай недопущения участия защитников мог бы быть опровергнут простым заявлением обвиняемого: «а я хочу». Так как закон одновременно, как он это делает и в других случаях, устанавливая такое важное право республиканского законодательства, *ничего не говорит конкретно о поводах и причинах установления этих недопущений*, следует признать, что недопущение может распространяться как на целые категории дел, так и на категории дел, рассматриваемых в определенных обстоятельствах, так и, наконец, на определенную категорию судов и определенную категорию лиц как из обвиняемых, так и из членов коллегии защитников, вплоть до права суда в отдельных случаях не допускать того или иного защитника без указания причин. (Такое право, как мы знаем, РСФСРовский УПК дает губернским судам при рассмотрении вопроса о допущении сторон. Ст. 381 УПК устанавливает, как правило, что «допущение обвинения и защиты в судебном заседании по делам, рассматриваемым в губернских судах, не обязательно и разрешается каждый раз в распорядительном заседании в зависимости от сложности дела», причем, согласно ст. 382, «губернский суд *вправе не допустить к защите любое из формально правомочных на то лиц, если признает данное лицо не соответствующим для выступления по данному делу*, в зависимости от существа особого характера дела».)

Эта норма ст. 382 должна быть признана целиком согласованной с текстом заключительного абзаца ст. 18 союзного закона. Предполагаем, однако, что текст ст. 18 дает законодательству союзных республик еще бóльшие возможности.

Текст ст. 18 дает возможность построить весь процесс таким образом, чтобы установить три или даже четыре вида процесса: 1) процесс, в котором нет ни прокурора ни защитника, или так называемый «простой» процесс в народном суде; 2) процесс, в котором допускается *только защитник*, скажем, по делам, в которых обвиняемый страдает немотой, глухотой или другими мешающими ему лично давать суду объяснения недостатками, а также по делам о несовершеннолетних; 3) процесс, в котором участвует *только один прокурор*, будь то в народном суде или в губернском суде, который также может быть таким образом разделен на два особые вида процесса, и 4) процесс, в котором присутствуют и обвинение и защита,— опять-таки одного типа процесс для губернского суда и другого типа для народного суда.

Все эти виды процесса могут быть, однако, сведены к некоторому ряду основных правил производства и вовсе не должны представлять собой подробно разработанные 4 типа процесса. Два типа процесса все же кристаллизуются здесь сами собой, в зависимости от степени, значения и роли, которую в процессе будет играть прокурорский надзор. «Простой» процесс без участия прокуратуры и защиты может и должен быть построен как процесс, который ведется исключительно председательствующим народным судьей. Этот процесс, начинаясь с изложения существа дела судьей через допрос и передопрос потерпевших, обвиняемых и свидетелей, в конце концов, должен выявить материальное существо дела и этим самым дать судьям и народным заседателям возможность вынести решение. И второй процесс, в котором прокуратура и защита допущены для того, чтобы играть роль помощников суда при установлении тех или иных спорных обстоятельств, в результате чего суд приближается к установлению материальной истины, *причем защита может присутствовать и не присутствовать, но присутствие прокурора обязательно.* Это — тот тип процесса, который мы предполагали бы для процесса в губернском суде, где прокурор играл бы более активную, действенную роль в качестве докладчика по существу собранных предварительным следствием материалов, должен был бы вести судебное следствие, развертывая перед судьями всю картину преступления путем допроса и передопроса свидетелей и обвиняемых и представляя суду окончательные формулировки обвинения на основе произведенного судебного следствия. Отвергнуть эти формулировки, принять или изменить мог бы уже только суд. В этом процессе защита могла бы играть роль лишь помощника прокурора и

суда по уяснению и установлению смягчающих обстоятельств; в борьбе с прокурором в порядке прямого опровержения приводимых им доказательств защита имела бы возможность доказывать и полную непричастность привлеченных к делу лиц. Полное недопущение ее, впрочем, также ничего бы не изменило в принципиальной структуре этого процесса.

Эти типы процессов нам представлялось бы более целесообразным установить, чем голый принцип нынешнего состязательного процесса. В этом направлении, как мы сказали, и идет переработка нынешнего УПК РСФСР.

Во всяком случае здесь мы можем подтвердить и резко, категорически подчеркнуть только одно — что ст. 18 союзного закона дает полную возможность уложить все эти формы и виды процесса в свои рамки и что по своему духу она гораздо ближе к этим новым намечающимся формам процесса, чем к тому процессу, который сейчас зепечатлен в УПК РСФСР. Принцип, последовательно проводимый УПК РСФСР, об обязательности допущения защитника в случаях, когда допущен обвинитель, ни в какой мере не представляется вытекающим из текста ст. 18, ни отвечающим общему пониманию нами строения процесса и отнюдь не нуждающимся в фетишизировании, как это было до сих пор.

Повторяем, поскольку союзный закон ничего не говорит более конкретно о технике судебного рассмотрения дел, все эти виды и типы процесса могут быть целиком созданы законодательством союзных республик без риска, что они этим самым нарушат основные принципы процесса, как они декретированы в общесоюзных «Основах».

Нам остается рассмотреть абзац ст. 18, трактующий о том, кого закон допускает в суд в качестве защитников. «К защите, — говорит закон, — допускаются представители общественных организаций рабочих и трудового крестьянства, а также другие лица, круг которых определяется законодательством Союза ССР и союзных республик по принадлежности». Формула, которую здесь дает союзный закон, такова, что она как бы предрешает состав защиты из *представителей общественных организаций рабочих и трудового крестьянства.* Конечно, последнее ни в малейшей степени не отвечает действительности, когда круг защитников комплектуется из лиц, не имеющих ничего общего с общественными организациями рабочих и трудового крестьянства. Наоборот, это в большинстве либо выходцы из буржуазной интеллигенции, либо лица, тяготеющие к та-

ковой, вернее — это «другие лица», о которых говорит вторая часть этого абзаца. Законодательство Союза, которое должно было выработать положение о защите, насколько нам известно, до сих пор точно этого круга лиц также не определило. Союзные же республики требуют для допущения в защитники ряда условий. Закон — так, как он формулирован — дает возможность широко практиковать тут и ограничительную и расширительную политику. Последняя сессия ВЦИК стала на точку зрения ненужности количественного ограничения круга защитников, целиком, однако, поддержав необходимость строгого отбора в смысле *качественных* ограничений. Как бы то ни было, основная мысль, которая должна быть здесь отмечена, сводится к следующему: как принцип, как правило, как цель, к которой следует стремиться, союзный закон устанавливает комплектование защиты *из представителей общественных организаций рабочих и крестьян.*

Такую защиту, если бы ее удалось создать, хотя бы из работников-юрисконсультов профорганизаций, мы бы целиком приветствовали, допустили бы без всяких колебаний в первый тип процесса — «простой» процесс. В свое время, при разборе института коллегии защитников, как он построен по «Основам судоустройства», мы писали, что оставляем себе надежду, что в будущем таковых представителей выдвинут рабочие слои из своей среды. К сожалению — это мы еще раз должны подчеркнуть — нынешняя практика и нынешний состав коллегии защитников во всяком случае не таковы, чтобы питать какие-либо иллюзии относительно нее в том смысле, что она является в полной мере защитником интересов трудящихся масс. Вот еще почему неприменим сейчас в чистой форме принцип состязательности процесса, и лучше вовсе не допускать защиту в суд, к чему сводится точка зрения многих и многих из ответственных работников РСФСР, чем допускать ее как она допускается сейчас со всеми ее правами и без малейшей гарантии в том, что она действительно будет стремиться установить материальную истину, а не заведомую неправду, не останавливаясь перед прямой ложью на суде. Пока дело обстоит так, иной, кроме ограничительной тенденции, судебная и судоустройственная политика по отношению к нынешней коллегии защитников, конечно, практиковать не вправе и не будет.

После этого общего разбора построения судебного процесса, как он дан в союзном законе, пределов прав в этом отношении республиканского законодательства и изложения общих принципов жела-

тельного построения процесса, мы позволим себе перейти к изучению его техники — так, как она регламентируется следующими четырьмя принципиальными статьями «Основ».

ГЛАВА ДВЕНАДЦАТАЯ.

Ст. ст. 19, 20 и 21 — «О процессуальных гарантиях обвиняемых и правах суда по оценке доказательств».

Ст. 19 «Основ», рассматривая вопрос техники судебного процесса, разрешает действительно основное положение о порядке рассмотрения уголовных дел в случае отсутствия обвиняемого. Этот вопрос является основным, прежде всего, в том смысле, что заключает в себе разрешение вопроса о том, когда суд вправе отступить от такой основной гарантии, какой является личное присутствие обвиняемого на суде.

Этот момент — права каждого обвиняемого быть лично допрошенным на суде — является существеннейшим моментом со времени установления нормального в правовом смысле процесса, после того как отжил свой век процесс, в котором решение выносилось судом на основании письменных документов или допросов, произведенных не на суде подготовительным, следственным или розыскным аппаратами. Как принципиальное правило, с этого момента было установлено признание только такого процесса судебным, при котором подсудимый получает возможность давать непосредственно суду свои объяснения лично. Это правило с тех пор вошло как аксиома во всякий «правильно» построенный процесс.

Но в его последовательном проведении оно, однако, упиралось в явную абсурдность тогда, когда вопрос шел о пустяковейших делах, на которые *сам обвиняемый* смотрел как на пустяк и *не считал для себя* необходимым присутствовать на суде. В этих случаях декретирование обязательности для него быть на суде или запрещение суду рассматривать такие дела в отсутствии обвиняемого — вместо того чтобы служить облегчением и защитой интересов обвиняемого — превратилось бы для него в тягостную повинность.

Вот почему этот совершенно правильный и в высшей степени необходимый принцип построения процесса наш основной закон о судопроизводстве сделал обязательным лишь в определенных границах. Наш закон в ст. 19 говорит, что «явка подсудимого обязательна... по делам о преступлениях, за которые мерой социальной защиты может быть назначено лишение свободы на срок не ниже 6 месяцев». Во всех остальных случаях, когда грозит лишение свободы на

меньший срок — до 6 месяцев, но не выше, или может быть дана какая-либо иная мера социальной защиты, менее тяжкая, чем 6 месяцев лишения свободы, — явка подсудимого не обязательна, факультативна, хотя он всякий раз о дне слушания дела должен быть извещен. Этим обеспечивается его право давать объяснения на суде лично, но последнее не возлагается на него как обязательство. Как обязательство это возлагается на него лишь в тех случаях, когда вопрос идет о такой мере социальной защиты, как лишение свободы на срок выше 6 месяцев. При слушании таких дел обвиняемый присутствовать уже обязан, *даже если бы* он и не хотел, поскольку этого могут требовать публичные интересы. Практика вообще знает твердо установившуюся тенденцию — никогда не заставлять подсудимого силком присутствовать на процессе, а при заявлении о нежелании — суд, как правило, освобождает его от присутствия. Но то, что суд может освобождать, не значит, что он должен это сделать. Вот почему закон знает и другую оговорку, если... «слушание дела в отсутствии подсудимого, — продолжает закон в ст. 19, — допускается лишь при прямо выраженном согласии подсудимого, то суд вправе, однако, признать *по любому делу явку подсудимого обязательной*».

Таким образом и прямо выраженное согласие подсудимого, давая ему возможность избавить себя от тягостного присутствия на суде, когда ему заведомо известно, что доказанность совершенного им преступления совершенно неопровержима, ограничено требованием суда, причем это ограничение настолько широко, что суд вправе признать явку подсудимого обязательной даже и по таким делам, где, как общее правило, его явка вовсе не обязательна.

Только в одном случае закон признает возможным заочное решение дела, какое бы это дело ни было и чем бы ни грозило подсудимому, — тогда, когда суд пришел к убеждению, что подсудимый *явно уклоняется* от суда. В этом случае единственно допускается заочное решение даже без согласия на то обвиняемого.

Так формулирует наш основной закон эту основную гарантию правильного судопроизводства, и нельзя не признать, что она является действительно полностью обеспеченной законом. Нам это особенно важно отметить для того, чтобы вперед отвести тот упрек, который может быть сделан нашему процессу — что мы, отвергая принцип чистой состязательности процесса, выбрасываем, мол-де, за борт все гарантии для подсудимого. Наоборот, основные гарантии — *1) публичность и гласность судопроизводства, 2) родной и*

общепонятный для обвиняемого язык, на котором должно вестись судопроизводство, и его *3) личное присутствие на судебном* процессе — все эти гарантии, как мы видели, в достаточной степени обеспечены основным законом союза, а следовательно, и республиканскими процессуальными законами.

Интересно, что УПК РСФСР требует обязательной явки по всем делам, по которым может быть установлено лишение свободы в виде меры социальной защиты. Союзный закон в этом отношении менее либерален и ограничивает обязательность явки случаями, когда лишение свободы может быть вынесено на срок не ниже 6 месяцев (ст. 265 УПК).

Совершенно иначе, как мы увидим, ставят тот же вопрос о личном присутствии обвиняемого и союзный и республиканский законы при установлении порядка кассационного рассмотрения дел, о чем ниже.

К той же категории основных статей, обеспечивающих права привлеченных, относится ст. 21, в силу чего мы считаем более целесообразным рассмотреть ее прежде ст. 20, трактующей уже не столько о правах обвиняемых, сколько о правах суда по оценке доказательств.

Ст. 21 возлагает на суд обязанность «разъяснить участвующим в деле лицам их процессуальные права и обеспечить им соответствующую этим правам возможность защиты своих интересов».

Таков текст ст. 21. Как директива, на основании которой республиканские законодательства должны технически отразить в своих процессуальных кодексах эту возможность для участвующих в деле лиц защищать свои интересы, такая формулировка ст. 21 должна быть признанной совершенно правильной, и политический смысл ее, именно как директивы, совершенно ясен. Независимо от форм построения процесса союзный закон, перечисляя основные гарантии, которые должны быть даны подсудимому, на-ряду с публичностью процесса, запрещением заочного рассмотрения дела, указывает республиканским законодательствам, что они должны обеспечить реальность предоставляемых подсудимому прав. Как обеспечить — это вопрос другой, и здесь союзный закон открывает широкое поле для творчества законодательству союзных республик и не дает никаких конкретных указаний. Можно считать это и плюсом и минусом: плюсом в том смысле, что таким образом, молде, правильно в союзном законе указаны лишь основы строения процесса, а минусом —

постольку, поскольку никакого материального конкретного содержаная «Основы» здесь не указывают. Мы сейчас более склонны считить это минусом на том же основании, на каком при рассмотрении всех статей «Основ судопроизводства» мы считали основным недостатком этого закона чрезвычайно общий характер всех его формулировок.

Ст. 21 из всей техники процесса считает, однако, необходимым выделить одну частность: обязанность суда «разъяснить участвующим в деле лицам их процессуальные права», предрешая тем самым вопрос, что среди статей республиканских процессуальных кодексов должна быть хотя бы одна статья, говорящая специально об этом процессуальном моменте разъяснения судом подсудимым их прав, опять-таки не затрагивая вопроса о том, в чем именно эти права должны заключаться.

Поскольку мы в предыдущем изложении, не останавливаясь перед общим характером формулировок общесоюзного закона, пытались наметить схему процесса в его, по меньшей мере, основных деталях, мы не можем и здесь не перечислить тех из прав, которые представляется нам крайне необходимым обеспечить, причем мы не возражали бы и против того, чтобы эти основные права были указаны в самом основном союзном законе.

На деле на практике совокупность прав подсудимого сводится к праву представлять доказательства, во-первых, и к праву возражать против доказательств, представленных обвинением,— во-вторых. Еще более конкретно право представлять доказательства сводится к праву вызова свидетелей, праву представления документов, возбуждения ходатайств об экспертизе и т. д.; право опровержения доказательств, приводимых обвинением, сводится к праву допроса и передопроса свидетелей обвинения, требованию об обращении дела к доследованию и поверке представленных обвинением доказательств и праву давать объяснения по существу обвинения в целом.

В какой мере это право должно быть обеспечено? Жалобы на недопрос свидетеля, на невызов свидетеля, на отказ в приобщении или неоглашение документа, на отказ в экспертизе, в обращении к доследованию — все это настолько обычные повседневные факты судебно-процессуальной техники, что всякому практику судебной работы ясно, что итти на категорическое предписание законом, *удовлетворять все ходатайства* подсудимых, нет, конечно, никакой возможности.

Больше того: те же практики знают, что одним из основных дефектов нашей процессуальной техники является имеющаяся ныне у сторон возможность расширения пределов судебного следствия до бесконечных границ. Этот предел, однако, должен быть намечен в порядке предоставления суду дискреционного права отказывать в этих ходатайствах подсудимого или прекращать допрос свидетелей мотивированным постановлением с установлением жесткой поверки правильности этих отказов. Так приблизительно регламентирует этот опрос даже буржуазный процесс. Мы думаем, однако, что здесь более целесообразно было бы проведение демаркационной линии в другой области. Сообразно тому, что мы говорили о двух типах процесса, иначе должны быть формулированы эти права и обязанности для «нормального» процесса и для процесса прокурорского или «чрезвычайного».

Коррективы, которые внесла революция в либеральный состязательный процесс путем установления особого производства дел в трибуналах, достаточно поучительны. Трибунальный процесс в свое время знал не только дискреционное право суда на отказ в ходатайствах подсудимого, но и еще более жесткие права: трибунальный суд, как правило (см. Положение 1920 г.), мог и должен был вызывать лишь тех свидетелей защиты и обвинения, показания которых вызывают в нем какие-либо сомнения; свидетелей, не вызывающих сомнений, трибунальный суд не должен был вызывать вовсе, ограничиваясь лишь ознакомлением с их показаниями.

Нынешний УПК РСФСР в особой главе о порядке рассмотрения дел в губернском процессе также знает эти специальные жесткие полномочия губсуда. На практике в последние годы эти правила губернским судом почти не применялись. Мы не думаем, однако, что отсюда следует признать нецелесообразными сами эти правила. Линия, взятая действующим законом (хотя и не соблюдаемая в жизни), нам кажется совершенно правильной. Процесс прокурорский или «чрезвычайный» должен обладать гораздо бóльшими полномочиями суда в этом отношении, процесс «нормальный» должен обладать меньшими полномочиями, но и здесь, как правило, должно быть проведено расширение полномочий суда по сравнению с тем, как они даны сейчас по УПК РСФСР. Требования УПК РСФСР от народных судей мотивировки каждого своего постановления об отказе в вызове того или другого свидетеля или отказе подсудимому в том или другом ходатайстве представляется совершенно нерациональным. Здесь важно только обеспечить право предъявления ходатайств, обеспечить

протоколирование мотивировки подсудимого, почему он считает необходимым вызов свидетеля или удовлетворение ходатайства. Повторяем, мотивировка со стороны суда причин отказа (ст. 253 УПК) представляется совершенно нерациональной. Наоборот, в чрезвычайном (прокурорском) процессе от суда должны зависеть и вызов свидетелей и решение вопроса об отказе или удовлетворении ходатайства, и мы бы высказались даже за жесткое применение к нему норм трибунального производства в свернутом виде как обычную форму этого чрезвычайного процесса.

На этом резком разделении двух процессов, мы полагаем, и должно на практике найти отражение требование ст. 21. В этом случае к делам, подлежащим рассмотрению в порядке жесткого процесса, и должны будут отойти если не все, то значительная совокупность дел подсудности нынешних губернских судов — преступления контр-революционные, хозяйственные, должностные и, быть может, некоторые из преступлений против личности и имущества (грабеж, разбой, конокрадство).

Право ходатайства о вызове свидетелей и право ходатайств о приобщении документов и обращении дела к доследованию не заключают в себе, однако, всех прав, гарантированных обвиняемому ст. 21. Опровержение доказательств и право возражения на обвинение есть не менее существенное право. Наш закон в этом отношении чрезвычайно либерален и был либерален всегда, предоставляя обвиняемому право *в любой момент* давать объяснения по поводу любого заявления свидетеля или прокурора. Мы думаем, что, хотя практика и показала, что широкое использование права ведет иной раз к сумбурному ведению судебного следствия, тем не менее это право должно быть сохранено полностью.

Согласно ст. 277 УПК председатель должен разъяснить «подсудимому его право задавать вопросы свидетелям, экспертам и другим подсудимым и давать объяснения как по существу всего дела, так и по поводу отдельных обстоятельств в любой момент судебного следствия». В этом праве заключается не меньшая гарантия, чем в тех, о которых мы говорили выше, и мы полагаем, что оно должно быть сохранено для всех форм процесса.

Остается последное право — дача объяснений в связной форме и участие обвиняемых в так называемых «прениях сторон». По этому поводу ст. 21 дает одно категорическое указание: «подсудимому,— говорит она,— всегда принадлежит право последнего слова». Мы позволим себе на этом последнем праве остановиться более детально, поскольку об этом, по существу своему незначительном, моменте

судебного процесса союзный закон счел необходимым специально упомянуть.

Остановимся, прежде всего, на «последнем слове» в тесном его значении. Оно сводится к праву подсудимого после конца судебного следствия, после прений сторон и их реплик, выступить еще раз перед уходом судей в совещательную комнату и сообщить суду то, что он считает нужным сказать. С точки зрения либеральной маниловской теории, по которой подсудимому должно быть предоставлено это особое право, такая постановка вопроса может быть правильна, но с точки зрения действительной практики она не выдерживает никакой критики. «Последнее слово», как правило, не заключает в себе ничего, или заключает повторение всего того, что уже говорилось, и поэтому в громаднейшем большинстве случаев является излишним.

Это «последнее слово» перешло к нам как наследие буржуазного процесса, и мы полагаем, что нет никакой необходимости его специально фетишизировать и сохранять. Иное дело, если мы под «последним словом» будем понимать право подсудимого на реплику или участие в прениях сторон,—это другой вопрос, но в тексте союзного УПК мы ничего не видим о «прениях сторон» как таковых. Вот почему нам представляется ненужным связывать это право подсудимого и участие в «прениях сторон», хотя бы в лице его защитника, с правом «последнего слова»; остановимся на самих прениях сторон, как определенном моменте судебного процесса, гарантирующем интересы привлеченных по делу лиц.

Мы начнем с постановки основного вопроса: нужны ли вообще прения сторон? Практика и здесь показала, что они, как правило, не нужны. Судебный процесс, имеющий задачей установление материальной истины, если проведен в достаточной мере хорошо, с выявлением всех обстоятельств, подлежащих рассмотрению суда, сам по себе создает обстановку, в которой подведение итогов того, что рассмотрено, делается излишним. Для судей это излишне постольку, поскольку их мнение к этому моменту создается уже совершенно определенно; для аудитории это излишне равным образом, поскольку ее впечатление также к концу процесса вполне определяется. Технически можно было бы оправдать «прения сторон» лишь в том случае, если они могут реально что-нибудь дать в смысле выяснения материальной истины и подведения итогов. Но в таком случае достаточно *факультативного допущения* «прений сторон» по усмотрению суда. Так и делает наш закон для процесса губернского суда. Мы не видим никаких оснований делать «прения сторон»

обязательными, а тем более реплики на «прения сторон» и в народном суде, где, как правило, нет и самих сторон.

Вот почему мы считаем правильным, что закон ничего не сказал об этих «прениях сторон» и, по нашему мнению, не должно о них ничего говорить. Они могут быть оставлены, однако, только как факультативная возможность.

Интересно отметить еще одну деталь. В свое время в трибунальной практике ставился вопрос о праве суда ограничить «прения сторон» определенным временем. Кассационные инстанции всегда жестоко восставали против этого ограничения, а УПК РСФСР знает даже специальную статью, запрещающую такое ограничение времени. Мы не видим в равной мере и здесь никаких моментов, которые могли бы объяснить такое запрещение. Ст. 308 УПК РСФСР говорит, что «председатель останавливает стороны в тех случаях, когда они в речах выходят за пределы рассматриваемого дела; при этом председатель не вправе, однако, ограничивать продолжительность речей стороны определенным временем». Если ограничение времени ораторов допускается в государственных заседаниях, где разрешаются важнейшие, существеннейшие вопросы государственного управления,—почему же нельзя допустить такого ограничения времени при разрешении частного вопроса, хотя бы и касающегося участи того или другого подсудимого?

Этим исчерпывается то, что необходимо сказать по поводу текста ст. 21 «Основ». Этим исчерпывается одновременно существо тех указаний, которые дают «Основы судопроизводства» по вопросу техники и построения судебного процесса. Но этим далеко, конечно, не исчерпываются, как мы говорили выше, все процессуальные вопросы, даже в той плоскости, в какой они даны в тексте РСФСРовского УПК. Мы думаем, однако, что не наше дело здесь ставить эти вопросы. Сюда относится, например, вопрос о правах сторон давать свои заключения по поводу ходатайств противной стороны, возражать или не возражать против приобщения того или другого документа, или вызова или невызова того или другого свидетеля.

Что здесь должно быть отмечено лишь как общая линия, которую должно стремиться провести,—это борьба против окостенения процесса, искусственного придания ему характера чрезвычайно формального и малоподвижного—то, к чему всегда приводит на деле стремление в букве закона закрепить все мельчайшие подробности техники судоговорения. Союзный закон не дает никаких указаний

для такого построения процесса — вот что должно помнить, прежде всего, при анализе «Основ».

Вот почему прав, нам представляется, НКЮ РСФСР, когда в своих директивных указаниях о порядке переработки УПК одним из категорических заданий поставил технически построить процесс так, чтобы снять с этих мелких указаний ореол законодательных норм, а следовательно, их неприкосновенность и святость, низвести их на ту роль, которую они должны выполнять — ряда технических норм и технических указаний, от того или другого изменения которых или отступления от которых еще никакой беды не произойдет.

Мы остановимся теперь на разборе еще некоторых процессуальных моментов, в споре за или против которых имеется некоторая принципиальная сущность.

К таким вопросам относятся, прежде всего, два: один — о порядке построения и формулировки приговора, другой — о праве суда строить последний не только на основании оглашенных на суде, но и на основании неоглашенных свидетельских показаний и документов. Наконец, особый вопрос ставит ст. 22, предусматривающая, как должен поступить суд, если в результате судебного следствия перед ним выявляется иная картина, чем та, которую рисовало первоначально предъявленное обвинение, причем изменение произошло в сторону, отягчающую положение обвиняемого.

Этот вопрос недаром включен в «Основы». Отсюда можно усмотреть, что «Основы» придают ему определенное принципиальное значение. Едва ли, однако, было бы целесообразно в «Основах» указывать только этот случай изменения первоначальной формулировки обвинения. Более правильно было бы указать и случай, как должен поступить суд, когда первоначальная формулировка обвинения изменилась в благоприятную для обвиняемого сторону. Поскольку предполагается, однако, что в этих случаях само собой разумеется, что суд должен перейти на более мягкую форму социальной защиты, чем та, которая грозила подсудимому первоначально,— закон об этом не говорит. Правильна или неправильна презумпция закона — это другой вопрос. Мы думаем, что это едва ли правильно. Как бы то ни было, закон счел необходимым разработать только первый случай.

В чем же заключается принципиальное содержание ст. 22? Ст. 22 гласит:

«При обнаружении во время судебного заседания необходимости изменения первоначальной формулировки обвинения, когда это изменение влечет за собой применение более тяжкой меры социальной

защиты, суд, по ходатайству о том обвиняемого, защитника или прокурора, приостанавливает слушание дела и направляет его для нового предварительного расследования, предания суду и рассмотрения в общем порядке».

Так говорит закон. Что вытекает из этого текста? Вытекает обязательность, во-первых, приостановки дела рассмотрением, во-вторых — направление его для нового предварительного расследования и, в-третьих — назначение затем специального вторичного рассмотрения. Все эти требования рассматриваются и построены как совокупность условий, лишь при наличии которых можно считать правомерным суждение суда при новой более тяжкой формулировке обвинения.

Таким образом эти три условия представляются определенной гарантией, направленной в пользу обвиняемого. В этом и должно видеть принципиальный смысл содержания ст. 22.

Правильна ли такая постановка вопроса? Обыкновенно она мотивируется тем, что обвиняемый должен иметь время для того, чтобы подготовиться к опровержению нового обвинения, которое ему раньше не было известно. Соответственно с этим УПК РСФСР знает ряд технических правил, устанавливающих определенный срок предъявления обвинения (3-дневный), в который обвинение должно быть предъявлено обвиняемому в готовой форме, в виде обвинительного акта; знает срок для ознакомления обвиняемого с делом, ставит обязательство следователю ознакомить обвиняемого с материалами предварительного следствия даже до предъявления обвинительного акта, обязывает следователя предъявить ему формулированное обвинение через определенный срок после начатия дела. Все это — одного порядка обязательства, характеризующие отношение нынешнего процесса — буржуазного процесса, к правам обвиняемого; они продиктованы стремлением всячески охранить эти права от якобы покушающегося на них государства.

О процессуальных правах обвиняемого на предварительном следствии мы оставили за собой право высказаться впоследствии, и поэтому пока этот вопрос трогать не будем, но об остальных требованиях ст. 22 мы считаем необходимым высказаться.

Ст. 22 едва ли правильна и практически и принципиально — практически сплошь и рядом бывает так, что в результате судебного следствия неправильность первоначальной квалификации преступления вырисовывается с совершенной достаточностью, доказанность нового преступления и новая формулировка обвинения делается совершенно очевидной для всего суда и даже для самого обвиняемого.

Какой практический смысл получает в этих случаях обязательное отложение дела, назначение предварительного следствия, последующее предание суду и последующее рассмотрение уже рассмотренного дела? Мы смеем утверждать, что *никакого практического смысла в этом нет.* Какой в этом политический плюс? Тоже никакого. *Какой реальный плюс, наконец, для самого обвиняемого?* Мы смеем утверждать, что *тоже никакого*, кроме, конечно, того, что если ему грозит высшая мера социальной защиты, то он получает некоторую отсрочку. Это, однако, не изменяет ничего по существу в смысле изменения для него перспектив в результате рассмотрения дела в новой формулировке. Ни к чему, кроме как к волоките, такая постановка вопроса не ведет, и вся ст. 22 должна быть признана целиком заимствованной из буржуазного процесса и навеянной теми либеральными тенденциями, о которых мы говорили выше как о господствовавших в момент писания УПК РСФСР 1922 г.

Единственное ограничение, которое знает ст. 22 и которое внесено в практику УПК РСФСР через определенный промежуток времени после его первого издания, это то, что обращение дела к новому доследованию факультативно, но оно делается для суда обязательным при ходатайстве о том со стороны *обвиняемого*, защитника или прокурора. Если бы этого ходатайства не было или если бы обвиняемый и стороны согласились слушать дело по новому обвинению, обращение к доследованию не имело бы места. Это еще раз доказывает, что ст. 22 рассматривалась авторами «Основ» как некоторая гарантия прав. Ясно, однако, что интересы целого, интересы охраны общественного порядка здесь сознательно принесены в жертву этим «индивидуальным» правам. Мы думаем, что при пересмотре «Основ» ст. 22 в ее нынешней формулировке должна быть исключена или во всяком случае изменена. Наши народные суды, когда еще не было УПК, сплошь и рядом выносили приговоры, в которых не только часто меняли квалификацию обвинения подсудимому, но часто *свидетелей превращали в обвиняемых* и тут же на месте выносили решение по новому делу без обращения его к доследованию. Формалистически настроенные кассационные инстанции употребили немало усилий, чтобы «изжить» эти «неученые» попытки народных судей. Следует пожалеть теперь этих «ученых» кассаторов и подчеркнуть правильность поведения народных судей, которые своим простым здравым смыслом лучше решали, с одобрения всех присутствующих, эти процессуальные казусы, чем ученые теоретики.

Ст. 22 заставляет поставить еще один вопрос. Формулировка обвинения может быть понимаема только в смысле квалификации его, т. е. указания на ту или другую статью Уголовного кодекса. В свое время под формулировкой обвинения понимали изложение обстоятельств, из-за доказанности которых идет спор; она напоминает поэтому по аналогии постановку вопросов присяжным заседателям. Как правило, наш процесс не знает такой постановки вопросов, которые ставились бы коллегии присяжных заседателей отдельно от приговора и затем формулировались бы в приговоре в зависимости от полученных ответов. То, что ст. 22 равным образом ничего не говорит о такой постановке вопросов, дает возможность республиканским законодательствам и в дальнейшем проводить линию отказа от этого принципа построения процесса. Мы увидим, как тот же самый вопрос в дальнейшем формулирует ст. 23 и как его затем конкретизирует УПК РСФСР. Здесь мы ограничимся лишь указанием, что, как специальный процессуальный момент, постановку вопросов не знают ни «Основы» ни УПК РСФСР. Постановка вопросов раздельно от приговора может быть оправдана лишь в конструкции суда с присяжными заседателями, когда суд должен лишь формулировать решение, вынесенное отдельно присяжными заседателями. Не зная этого разделения единой коллегии на две, наш суд не знает и специального процессуального момента — постановки вопросов.

ГЛАВА ТРИНАДЦАТАЯ.

Ст. ст. 20, 23, 24—«О вынесении приговоров».

После разрешения процессуальных вопросов, касающихся сторон, «Основы» в трех статьях разрешают вопросы о методах, с помощью которых должен действовать суд при разрешении вопросов судоговорения по существу и определении основных элементов содержания выносимых приговоров.

Здесь на первом месте стоит временно опущенная нами в предыдущем анализе ст. 20, рассматривающая права суда при разрешении вопросов, связанных с оценкой доказательств. Доказательствами, как известно, является все то, что может привести суд к убеждению в доказанности или, наоборот, недоказанности преступления и доказанности или недоказанности того, что именно данный обвиняемый или подсудимый это преступление совершил (то, что раньше называлось вопросом о «виновности»).

В буржуазном праве в истории процесса существовала теория так называемых «формальных доказательств», согласно которой не-

которые обстоятельства закон заранее предписывал суду как таковые, при наличии которых суд связан в своем решении. В связи с этим в свое время развивались отдельные учения и теории оценки доказательств, причем некоторые схоластики доходили до попыток математической оценки доказательств математическим выражением ценности этих доказательств — четверть доказательства, пол-доказательства, дробь доказательства и т. д.

Со всей этой юридической кабалистикой «Основы» категорически и бесповоротно сразу же кончают. «Суд не ограничен,— говорят «Основы» в ст. 20,— никакими формальными доказательствами, и от него зависит, по обстоятельствам дела, допустить те или иные доказательства».

Эта формула ст. 20, чрезвычайно выпукло выдвигающая на первый план усмотрение суда, как руководящий критерий при оценке доказательств, является характерным завоеванием революции с первого момента построения советской юстиции. Ее мы находим уже в декрете о суде № 1, и с тех пор она систематически переходила из закона в закон. Правильность этой формулы совершенно ясна. Возражение вызывает лишь ее технически-редакционная сторона, поскольку лучше было бы сказать: «Суд не ограничен никакими формальными доказательствами при оценке доказанности подлежащих установлению фактов преступления,—как равно лучше было бы добавить,— и от него зависит, по обстоятельствам дела, не только допустить те или иные доказательства, но и оценить по своему усмотрению те или иные обстоятельства». Только такая формулировка была бы в должной мере полной. Она, правда, как бы прокламирует ничем не ограниченную возможность для суда опровергать обстоятельства, явно формально доказанные. Мы думаем, однако, что это «зло не так большой руки» и бороться с ним можно и следует путем соответствующей постановки дела в кассационных инстанциях, о чем мы ниже будем говорить. Во всяком случае такая постановка вопроса гораздо лучше, чем связывание суда формальной обязательностью некоторых доказательств. Она тем более не опасна, что наш УПК, в противоположность буржуазному суду присяжных, не знает права суда не применять меры социальной защиты при доказанности факта преступления; мы знаем, что в этих случаях он должен лишь поставить вопрос на усмотрение президиума ВЦИК. Может быть, и это право надлежало бы отбросить,— мы не боялись бы даже и этого. Поскольку, однако, такого широкого права у нашего суда нет, постольку тем более нет оснований возражать против широкой формулы ст. 20.

Последний абзац ст. 20 является по существу анахронизмом и интересен лишь как политический документ борьбы наших судов с феодальными пережитками буржуазной юстиции. «Клятва и присяга на суде как доказательство не допускаются»,—говорит этот последний абзац. Таким образом, в противоположность теории формальных доказательств, предписывающей судам принимать некоторые доказательства, наш закон знает только одну формулу — запрещение принимать некоторые доказательства, к которым относит клятву и присягу, как своего рода заверения в истинности доказательств со ссылкой на господа бога, которая должна иметь для суда якобы особое формальное значение. Такого рода аргументы от «господа бога» категорически запрещаются в нашем суде. То, что этот момент отмечен в «Основах», имеет лишь политически декларативное значение.

На чем же основывается наш суд при вынесении приговора, и как по закону он должен построить свой приговор.

Об этом говорят ст. ст. 23 и 24, причем ст. 24 указывает обязательное материальное содержание всякого приговора, а ст. 23— внутренние рычаги, которыми должен руководствоваться суд при написании материальной части.

Начнем с последней. Согласно ст. 24 «приговоры должны содержать в себе точные указания того, что́ именно совершено осужденным и какая в отношении его определена судом мера социальной защиты». Вот все, что говорит в этом отношении закон.

Нам важно рассмотреть эту статью для того, чтобы и здесь провести определенную грань между теми двумя основными уклонами, которые наблюдаются в этом отношении в нашей судебной практике.

Что формально обязательно должно теперь содержаться во всяком приговоре, или без чего формально приговор не может считаться приговором суда? Он будет приговором суда, если будет содержать в себе, как говорит закон, «точные указания того, что именно совершено осужденным»—так называемая описательная часть приговора, и «какая в отношении его определена судом мера социальной защиты»— так называемая резолютивная часть.

УПК РСФСР более точно определяет это содержание. «Описательная часть приговора,— говорит ст. 334 УПК,—должна содержать в себе формулировку обвинения, в котором подсудимый оправдан или которое признано доказанным, с указанием имени, отчества, фамилии или прозвища подсудимого, его возраста, классовой принадлежности и социального положения, личности потерпевшего,

места, времени и способа совершения преступления и других отличительных признаков, какие по обстоятельствам дела могут иметь место.

«Резолютивная часть приговора должна содержать в себе указание на личность подсудимого, на оправдание его или на признание предъявленного обвинения доказанным и на избранное судом наказание». Согласно же ст. 335 «наказание должно быть обозначено таким образом, чтобы не возникало при исполнении приговора никаких сомнений относительно рода и размера наказания, назначенного судом».

Можно спорить против необходимости и целесообразности обязательно указывать в приговоре все, о чем говорит ст. 334,—имя, отчество, фамилию, прозвище, возраст и т. д., и т. д., но что обязательно должны быть указаны: место, время, способ совершения преступления и кем оно совершено — об этом спорить не приходится. В этом отношении требование союзного закона о точном указании, что̀ именно совершено осужденным, является совершенно правомерным, и в свое время за завоевание этой точности кассационным инстанциям пришлось выдержать большую борьбу.

Так же правомерно требование ст. 24 и в отношении точного определения мер социальной защиты. Аналогичное требование и ст. 335 УПК так же совершенно правильно.

Этим, однако, ограничивается все то, что требует от суда закон при вынесении приговора. Закон не требует, как мы видим отсюда, ни в малейшей мере того, чтобы приговор заключал в себе упоминания о мотивах, которые легли в его основание, он не требует в приговоре никакого анализа материалов судебного следствия, никакого изложения каких бы то ни было соображений по поводу того или иного доказательства и т. д. На юридическом языке это называется «не требует мотивировки приговора».

Должно отметить, что УПК РСФСР равным образом не требует этой мотивировки, но одновременно должно отметить и то, что наши судьи сплошь и рядом выносят именно мотивированные приговоры. Буржуазные теоретики считают мотивированные приговоры обязательными только в тех случаях, когда имеет место суд формальный, а не суд присяжных заседателей. Поскольку мы отвергаем принципиально суд присяжных и разделение судебных коллегий, постольку мы можем и должны оценивать требование мотивировки приговора только с точки зрения возможности и *удобства* для кассационных коллегий проверки судебных решений. Об этом мы еще раз будем говорить,

когда будем рассматривать принципы работы кассационного суда; с точки зрения же построения судебного процесса как такового мы категорически считаем необходимым заявить, что *не видим никакой нужды для такой мотивировки.* То, что суд признал, то он признал, изложение же мотивировок потому нецелесообразно, что оно не всегда в состоянии реально отразить действительные мотивы суда, ибо *писать мотивы*—это не то, что приводить их в разговорной речи в совещательной комнате; в известных случаях это сопряжено не только с громаднейшей затратой времени и сил, но и требует особого навыка и квалификации и с этой точки зрения не оправдывается никакими соображениями.

Последнее тем более не должно иметь места, что находится в прямом противоречии с текстом ст. 23, по которой суд должен обосновывать «свой приговор на имеющихся в деле данных, рассмотренных в судебном заседаниии», причем «оценка имеющихся в деле доказательств производится судьями по их внутреннему убеждению, основанному на рассмотрении всех обстоятельств дела в их совокупности». Почему суд не верит тому или другому свидетелю—выразить это мотивированно бывает чрезвычайно трудно. Раз закон ссылается на внутренние убеждения судей (а мы знаем, кто наши судьи и народные заседатели, решающие вопрос на основании своего классового миропонимания и социалистического правосознания), то мотивировка этого внутреннего убеждения представляется совершенно ни с чем несообразным требованием. Вот почему ст. 24 должна быть признана совершенно правильной, и вопрос об исправлении в этом отношении судебной практики должен быть поставлен на очередь.

Ст. 23 говорит, однако, гораздо более того, что мы пока сказали, и разрешает гораздо бо́льшую совокупность вопросов, чем те, которые мы здесь бегло поставим. «Суд,—говорит ст. 23,—обосновывает свой приговор на имеющихся в деле данных, рассмотренных в судебном заседании». Эту фразу можно толковать и как общую директиву суда, указывающую на материалы, которые должны лечь в основу каждого приговора («обосновывает приговор»), и как определенную ограничительную формулу, запрещающую судам руководствоваться чем бы то ни было, кроме того, о чем в этой формуле упомянуто, т. е. кроме «имеющихся в деле данных, рассмотренных в судебном заседании».

Анализ этой последней формулы приводит к следующему: приговор может быть обоснован только данными, *которые имеются*

в деле, а следовательно, он не может обосновываться данными, которых в деле нет. Это совершенно ясное требование имеет политически тот смысл, что оно запрещает суду в наших условиях руководствоваться директивами, идущими откуда бы то ни было со стороны. Эта фраза, однако, имеет и дальнейшую оговорку: «данных, имеющихся в деле», но не всех, а только «рассмотренных в судебном заседании»; следовательно, те *данные, которые не были рассмотрены в судебном заседании, не могут служить обоснованием судебного приговора*. Из этого можно сделать вывод (и некоторые либерально-буржуазные теоретики его делали) о необходимости обязательного оглашения в зале суда тех данных, которые потом послужат или могут послужить обоснованием приговора. Это—старое правило буржуазного состязательного процесса, сводившееся к принципу так называемой «изустности» процесса, запрещало суду пользоваться данными, имеющимися в деле, но не рассмотренными на суде. Это имело смысл, однако, только тогда, когда никакие материалы по делу вообще не предъявлялись присяжным заседателям, и последние могли руководствоваться только тем, что они сами «видят и слышат». Наш процесс не знает такого узко-формального отношения к делу и допускает и неоглашение тех или иных документов, причем разрешает даже «сторонам» пользоваться этими неоглашенными документами, оперируя ими в «прениях сторон».

Поэтому понимание формулы «просмотренных в судебном заседании» должно быть иное: сюда относятся все данные, которые имеются в деле, и с которыми суд мог ознакомиться как в зале суда непосредственно, так и в совещательной комнате, ибо обсуждение обстоятельств дела в последней есть продолжение того же судебного заседания и его неотъемлемая заключительная часть. Вот почему нельзя эту формулу растолковывать в той ограничительной тенденции, как это многими проделывается. Материалы по делу являются материалами по делу тем более, что они знакомы обвиняемому в той же степени, как и суду.

Еще большее значение имеет вторая часть ст. 23, определяющая критерий к оценке доказательств: «внутреннее убеждение судей»— во-первых, «основанное на рассмотрении всех обстоятельств дела в их совокупности»— во-вторых.

Остановимся сначала на втором критерии Если бы его не было, что означала бы в таком случае ст. 23? Она означала бы предоставление внутреннему убеждению судей ничем не ограниченных преде-

лов. Однако так закон вопроса не ставит — это внутреннее убеждение он все же ограничивает обстоятельствами дела «в их совокупности». Последние слова означают, что одно конкретное обстоятельство не может быть более выдвинуто и переоценено или недооценено по сравнению с другими; все обстоятельства дела в совокупности должны создавать внутреннее убеждение судей. Тем не менее именно внутреннее убеждение судей, по закону, должно быть основным критерием при вынесении приговора, а не только формальный логический вывод. Конечно, пределы коллизии между формальной логикой и внутренними убеждениями не предопределяются законом, однако все же они могут служить некоторым основанием и для кассационной поверки; как и в какой мере,—об этом скажем ниже.

Тут интересно вспомнить, как первоначально законы о революционных трибуналах, в частности и о народном суде, изданные в первое пятилетие после Октябрьской революции, определяли предел этого внутреннего убеждения. Как правило, они говорили, что приговоры выносятся судьями на основании их «социалистического правосознания и революционной совести». Это была наиболее широкая формула, которая впоследствии была дополнена ограничением— «на основании обстоятельств дела». Затем в эту формулу, слишком сузившую первоначальную, было внесено обратное ограничение—«на основании оценки обстоятельств дела». Субъективный и формально-обязательный объективный моменты были установлены таким образом как два *параллельных* фактора, определяющих приговор, причем во главу угла был поставлен все же субъективный момент — внутреннее убеждение; эта формула сохранена и поныне в «Основах» и до сих пор служит для наших судов директивным указанием. Помня то, что мы говорили выше,—что наши суды не знают формально права неприменения меры социальной защиты при доказанности преступления,—можно не опасаться этой широкой формулировки полномочий, предоставленных суду.

УПК РСФСР несколько строже формулирует это положение, когда в ст. 319 говорит, что «суд основывает свой приговор *исключительно* на имеющихся в деле данных, рассмотренных в судебном заседании», причем «оценка имеющихся в деле доказательств производится судьями по их внутреннему убеждению, основанному на рассмотрении всех обстоятельств дела в их совокупности». Словом «исключительно» УПК РСФСР подчеркивает основную идею ст. 23 «Основ».

Остается рассмотреть частный вопрос — как УПК РСФСР разрешает так называемую «проблему постановки вопросов». Целиком

от постановки вопросов наш УПК не отказывается; больше того, по ст. 320 РСФСРовский закон предлагает суду в порядке обязательности поставить и разрешить в совещательной комнате следующие вопросы:

«1) Имело ли место деяние, приписываемое подсудимому;

2) содержит ли в себе это деяние состав преступления;

3) совершил ли означенное деяние подсудимый;

4) подлежит ли подсудиммый наказанию за учиненное им деяние;

5) какое именно наказание должно быть назначено подсудимому и подлежит ли оно отбытию подсудимым;

6) подлежит ли удовлетворению заявленный гражданский иск, а если иск заявлен не был, то надлежит ли принять меры обеспечения могущего быть заявленным гражданского иска;

7) как поступить с вещественными доказательствами;

8) на кого должны быть возложены судебные издержки».

Оставляя последние три формального характера вопроса, мы видим здесь по существу постановку принципиальных вопросов: 1) о доказанности фактов и 2) о наличии так называемой «вины». Это и есть те вопросы, которые ставятся присяжным заседателям. Однако есть принципиальное отличие в том, как трактовал их буржуазный процесс и как трактует наш процесс. Отличие в том, что наш закон и наш процесс рассматривают эту постановку вопросов лишь как *технически-вспомогательную норму* и не придают им никакого специального процессуального значения и вместе с тем не осложняют нашего процесса всеми теми проблемами, которые связаны с моментом постановки вопросов: правом «сторон» дополнять поставленные вопросы, изменять их формулировку и т. д. От всех этих способов юридического запутывания суда наш процесс отказывается.

Ст. 24 исчерпываются все указания, которые дают «Основы» в области процесса как такового в суде первой инстанции. Дальнейшие статьи рассматривают лишь порядок ревизии и поверки судебных приговоров.

К чему же сводятся эти общие указания закона? Их в общем итоге можно было бы формулировать так: основной закон требует создания процесса гибкого и простого — во-первых, основанного на широком праве судейского усмотрения в оценке доказательств — во-вторых, с предоставлением подсудимым обязательных гарантий его прав представлять свои возражения и объяснения лично-в—тре-

тьих, и с подчеркиванием особого значения роли государственного обвинения как института, который должен наблюдать за тем, чтобы в интересах публичного порядка не было нанесено ущерба государству и обществу трудящихся — в-четвертых.

Вот что требует основной закон. Мы полагаем, что если эти основные требования, изложенные в достаточной мере выпукло, в той же мере выпукло будут проведены и республиканскими законодательствами, то последние исполнят то, что перед ними как задачу поставил Союз. О том, что нынешний УПК в достаточной степени не исполняет этих требований, мы уже говорили. Пожалеть можно лишь о том, что эти требования в основном законе в целом ряде областей все же недостаточно конкретизированы.

Как же строят «Основы судопроизводства» наш кассационный и надзорный контроль?

ГЛАВА ЧЕТЫРНАДЦАТАЯ.

О КАССАЦИОННОМ НАДЗОРЕ.

Принципиально статьей, устанавливающей основные исходные пункты построения ревизионных и контрольных органов, является ст. 25, текстуально почти совпадающая, как это мы отмечали уже раньше, с текстом ст. 5 «Основ судоустройства». В то время как текст ст. 5 гласит: «Все дела рассматриваются по существу в одной инстанции, а апелляция не допускается. На приговоры и решения могут быть приносимы жалобы в кассационном порядке», ст. 25 говорит: «Все дела рассматриваются по существу в одной инстанции, апелляция не допускается. Приговоры проверяются высшими судебными инстанциями по жалобам и протестам лишь в кассационно-ревизионном порядке или в порядке высшего судебного надзора».

Разница между текстами обеих статей сводится только к тому, что ст. 25 более полно, чем ст. 5, указывает все разновидности контрольно-ревизионного порядка. Впрочем, можно поставить в упрек и более распространенной формулировке ст. 25 то, что она все же не охватывает всех форм и видов этого надзора и контроля, так как, если исходить только из текста ст. 25, следует заключить, что и в порядке высшего надзора поверка высшими судебными инстанциями решенных дел может иметь место только по жалобам и протестам, что совершенно не верно, ибо надзорный порядок тем и отличается, что жалобы и протесты при нем могут иметь место, но могут места и не иметь, а то или иное дело может быть истребовано

в результате суммарного осмотра дел при ревизии. В общем и целом однако, ст. 25 сформулирована, конечно, лучше ст. 5.

Поскольку мы в свое время уже разобрали ст. 5 «Основ судоустройства» (стр. 60, 61, и 62 т. I.), мы могли бы здесь к ней не возвращаться. Думаем, однако, что несколько слов в дополнение к тому, о чем мы писали при анализе ст. 5, добавить нужно. Мы говорили там об этой статье, что она представляет собой типичное выражение пережитков старых воззрений на назначение и существо кассации и апелляции, настолько старых, что наиболее целесообразно было бы исключить ее вовсе или видоизменить, соединив со ст. ст. 6 и 7, в том смысле, чтобы установить три принципа, представляющихся нам наиболее целесообразными и отвечающими духу нашей судебной системы, а именно: 1) рассмотрение дел по существу лишь в одной инстанции; 2) допущение обжалования по любому поводу со стороны жалобщика во вторую инстанцию и 3) ревизионный осмотр всякого дела во второй инстанции с правом отмены приговора также по любому поводу и с обязательным назначением рассмотрения дела вновь в первой инстанции. «Это последнее,— писали мы,— вместо разрешения дел по существу во второй инстанции, должно отличать нашу апелляцию от апелляции прежнего времени».

К этим трем принципам мы сейчас сделаем, однако, и некоторые дополнения. Принцип, что кассационная инстанция, в нашем ее понимании — вернее, ревизионная инстанция — должна иметь право по любому поводу отменить решение суда, мы бы ограничили все же одним моментом. Вместе с тем мы бы сейчас смягчили несколько нашу тогдашнюю жесткую формулировку, не допускавшую никаких изменений приговора во второй инстанции. Сейчас мы бы так не сказали. Практика Верховного суда РСФСР вполне доказала целесообразность этих изменений в определенной степени.

Какие же ограничения мы внесли бы в первую формулу? Право отмены «по любому поводу» ни в коем случае все же не должно, по нашему мнению, переходить непосредственно в *переоценку доказательств*, которые все же судьи второй инстанции не могут воспринять так, как их воспринимают судьи первой инстанции.

Поэтому наиболее правильной, с нашей точки зрения, должна была бы быть такая формулировка этой статьи: право второй инстанции на отмену по любому поводу приговора суда первой инстанции должно быть ограничено запрещением суду второй инстанции входить в переоценку доказательств. Ревизионно-касссационный надзор должен в этих случаях ограничиваться *проверкой внешней*

формальной правомерности решения — во-первых, и *логической проверкой его внутренней* правомерности в смысле *правильности выводов*, к которым пришел суд первой инстанции на основании собранных и рассмотренных им фактических материалов — во-вторых. Другими словами, степень логичности суда, оценка методов его рассуждений, помощью которых он пришел к определенному выводу,— вот те пределы грани, которые не может переступить вторая инстанция. Подвергать же сомнению сами установленные судом первой инстанции факты суд второй инстанции, по нашему мнению, *не вправе.* Теперь посмотрим, как же устанавливают эти грани «Основы», твердо устанавливающие принцип отмены приговоров лишь в ревизионно-кассационном порядке.

Вот как формулируют «Основы» поводы для отмены приговоров в ревизионно-кассационном порядке в ст. 26. Союзный закон знает только два основания к отмене: первым является «такое нарушение форм судопроизводства, которое помешало суду всесторонне рассмотреть дело и повлияло или могло повлиять на вынесение правильного приговора», а вторым — «нарушение или неправильное применение законов Союза ССР или союзной республики, если при этом допущенная судом ошибка повлекла за собой назначение иной меры социальной защиты, нежели та, которая должна бы быть определена судом при правильном применении закона».

Только эти два основания устанавливает ст. 26. Оба эти основания — по существу основания формального характера: требуется обязательно, чтобы налицо было или «нарушение форм судопроизводства», т. е. процессуальных форм, или «нарушение или неправильное применение законов Союза или союзной республики», т. е. нарушение материального права, причем в этом последнем случае также с определенным ограничением: «если при этом допущенная судом ошибка повлекла за собой назначение иной меры социальной защиты, нежели та, которая должна бы быть определена судом при правильном применении закона». Когда же назначена та же мера, причем эта «та же» должна подразумеваться как *не выходящая из пределов карательной санкции, предусмотренной определенной статьей*, то нарушение или неправильное применение закона не должно влечь за собой отмены приговора.

Эти формального характера основания чрезвычайно характерны для определения того, как основной закон смотрит на существо кассационной работы. Он отнюдь не отходит, следовательно, от того понимания кассационно-ревизионного порядка, который не позволяет

суду второй инстанции вникать непосредственно в существо дела и ограничиваст его работу проверкой формальной правомерности приговора. Союзный закон не знает никаких иных оснований к отмене приговора. Этого уже достаточно, чтобы утверждать, что *всякое вхождение в существо дела совершенно неизвестно союзному закону*. Так и было бы, если бы та же ст. 26 не заключала в себе следующего чрезвычайно важного и существенного абзаца:

«В отношении судебных учреждений союзных республик,— говорит ст. 26,— в порядке законодательства этих республик могут быть установлены и *другие поводы* к отмене приговоров, а равно и случаи *недопущения* вовсе обжалования».

Здесь союзным республикам предоставлено право установления иных поводов к отмене приговоров без каких бы то ни было ограничений, т. е. без указания материальных признаков этих поводов, одним словом — оставляется для этого творчества широкий простор. Все это вместе заставляет нас еще раз вернуться к определению пределов прав суда второй инстанции. Посмотрим, какие же в практике РСФСР установлены de facto пределы этого кассационно-ревизионного рассмотрения и насколько целесообразна и правильна предложенная нами выше формула этих пределов.

УПК РСФСР, рецепированный почти всеми остальными союзными республиками, кроме тех двух формальных мотивов, которые указаны в основном союзном законе, знает еще два мотива: «недостаточность и неправильность проведенного следствия» — во-первых, и «явную несправедливость приговора» — во-вторых (ст. 413). На них обоих мы теперь и остановимся.

Нет ни малейшего сомнения, что оба эти повода по своему существу далеко выходят за пределы так называемого кассационного производства и так называемых кассационных поводов. Конечно, неполнота или неправильность произведенного следствия могут быть лишь с натяжкой признаны формальными дефектами, поскольку всякое следствие, как правило, должно быть произведено полно и правильно.

Желая еще более подчеркнуть формальный характер этих нарушений, ст. 414 УПК РСФСР считает следствие недостаточным и неправильно проведенным, если оно «проведено таким образом, что остались невыясненными ни на предварительном ни на судебном следствии обстоятельства, выяснение коих необходимо должно было повлиять на приговор». Невыясненность определенных обстоятельств которые должны были бы повлиять на приговор, поскольку они

были бы установлены, является таким формальным дефектом, который влечет за собой, согласно этой статье, отмену приговора.

Но кто будет определять, в какой мере не выяснено то или иное обстоятельство и может ли оно повлиять или, как говорит закон, «должно было бы повлиять» на приговор? Ответить на это очень трудно, а выяснение этого вопроса есть не что иное, как *вхождение в существо дела*, и поэтому ссылка на формальный характер этого нарушения явно не выдерживает критики. Отсюда ясно насколько неправильна та постановка вопроса, которую дают «Основы», когда в ст. 26 устанавливают только формальные нарушения процессуальных и материальных норм, как обязательно влекущие отмену приговора, а вместе с тем предоставляют республиканским законодательствам устанавливать другие поводы к отмене, не указывая их материальных признаков.

Правда, из ст. 25 можно сделать вывод на том основании, что она жестко запрещает рассмотрение дела по существу во второй инстанции и говорит, что «апелляция не допускается», что в числе поводов, которые могут быть установлены республиканским законодательством на основании ст. 26, *не могут быть такие, которые бы явились нарушением ст. 25, т. е. допускали бы рассмотрение дела по существу.*

Это последнее основание заставляет нас внести ту поправку, которую мы делали при рассмотрении «Основ судоустройства» и которую привели сейчас,—что вторая инстанция, глубоко входя в существо дела и отменяя приговор по любому поводу, может это делать, однако, отнюдь не в кассационном порядке, а в порядке ревизионном. Тем не менее и эта поверка дела по существу не должна, по нашему мнению, переходить определенные границы. Эти границы мы наметили как границы, запрещающие производить *переоценку доказательств*, т. е. решать во второй инстанции, что такое-то свидетельское показание должно быть принято как доказательство, а такое-то должно быть отброшено и что *оценка доказательств, однажды произведенная судьями по внутреннему убеждению, не может быть поверяема во второй инстанции*. Вот как можно было бы еще сформулировать этот критерий: *оценке* может быть подвергнута лишь *формальная правильность приговора и внутренняя логичность выводов судей первой инстанции* в смысле соответствия их ряду установленных на судебном следствии фактов, причем, однако, эти установленные факты должны быть принимаемы так, как их установил суд первой инстанции;

суд второй инстанции может поверять лишь *правомерность выводов* из этих фактов — *но не больше.*

Эта тонкость граней должна быть, тем не менее, реально осознана кассационной инстанцией, и она знаменует собой пределы, дальше которых нельзя итти. Именно исходя из этих граней, и поверка правильности и достаточности предварительного следствия должна пониматься лишь в том смысле, что установленные факты *должны в своей совокупности давать основания к выводу* обвинительного или, наоборот, оправдательного характера. Это не значит, конечно, *что отсутствие одного звена, которое бы замыкало цепь логических выводов, уже может послужить моментом, влекущим отмену приговора во второй инстанции.* Это отсутствующее звено может быть заменено внутренним убеждением. Однако отсутствие ряда звеньев должно вести к отмене приговора за «неполнотой или недостаточностью» следствия.

Еще более произвольным в этом смысле и предоставляющим кассационной инстанции вникать в существо дела является п. 4 ст. 413 УПК РСФСР, содержащий в себе указание на «явную несправедливость приговора» в качестве кассационного повода, причем ст. 417 УПК соответственно разъясняет эту формулу таким образом: «Приговор признается явно несправедливым, когда назначенное судом наказание хотя и не выходит за законные пределы, но по размеру своему резко не соответствует содеянному».

Явная несправедливость приговора как кассационный мотив представляется в этом отношении противоречием ст. 25 «Основ», но, тем не менее, она имеет место в УПК РСФСР.

В каком же смысле можно отнести этот повод к формальным моментам? Для того чтобы ответить на этот вопрос, нужно вспомнить его историю.

Кассационный мотив — «явная несправедливость» — был приведен в первом декрете после революции, когда не было еще Уголовного кодекса и когда каждый судья мог за любое преступление назначить любую меру социальной защиты. В этих условиях необходимость в некотором ограничивающем моменте в виде права второй инстанции отменить приговор за явным его несоответствием содеянному была совершенно ясна и должна была иметь место. Тогда-то и зародилась эта статья, тогда-то и зародилось ее толкование как кассационного момента, поскольку предполагалась данной некоторая средняя мера репрессий за каждый род преступления, как нечто, о чем существует молчаливое соглашение.

Однако сохранение этой статьи как кассационного мотива после издания Уголовного кодекса в значительной степени является анахронизмом, ибо ст. 417 предусматривает, что назначенная судом мера репрессии не выходит за законные пределы, но, тем не менее, может быть признана судом второй инстанции явно несоответствующей и явно несправедливой. Мы полагаем, что сохранение этой статьи сейчас может быть оправдано исключительно опасением, что в тех случаях, когда закон устанавливает за определенные преступления, скажем, не ниже 6 месяцев лишения свободы, а максимум — до 10 лет, суд может назначить десять лет лишения свободы там, где, по мысли законодателя, следовало бы ограничиться гораздо меньшим тюремным заключением.

Совершенно ясно, однако, что если именно для этих случаев, быть может, необходимо сохранить ст. 417, то она отнюдь не должна иметь в практике широкого распространения. К сожалению, практика применения ст. 437 УПК, по которой кассационная инстанция Верховного суда смягчает приговоры судов первой инстанции, охватывает от 12 до 25% всех дел. Такой широкий размах нельзя допускать. Вот почему мы и думаем, что если уже сохранить п. 4 ст. 413 УПК и вместе с ним ст. ст. 417 и 437, то лишь в очень резко ограниченных пределах. Лучше же всего, по нашему мнению, было бы полностью этот пункт исключить, тем более что он находится по своему содержанию в прямом противоречии с категорическим требованием ст. 25 «Основ».

Как правило должно быть признано, что дальше проверки формальной правомерности выводов, по которым суд первой инстанции пришел к заключению о доказанности фактов, суд второй инстанции итти не может, а перекраивать приговор по своему усмотрению вверх и вниз тем более не может. Между тем должно отметить, что попытки перекраивать приговоры имели место даже в практике Верховного суда РСФСР. Правильно принесенный прокурором Верховного суда Союза протест пресек эти попытки, и Президиум ВЦИК, куда Верховный суд РСФСР опротестовал постановление Пленума Верховного суда Союза, отверг претензии Верховного суда РСФСР и поставил его в строгие рамки закона.

Ст. 437 УПК с соответствующими ей другими статьями УПК, с нашей точки зрения, должна быть жестко сжата в ее применении и допускаться лишь в крайне редких исключениях.

Нам остается рассмотреть ту часть ст. 26 «Основ», которая говорит о праве законодательства союзных республик не

допускать вовсе обжалования. Знает ли наша практика такое положение вещей? — Да, она знает его в отношении военных трибуналов, приговоры которых не подлежат обжалованию вовсе, когда трибуналы действуют во время войны. В период до 1923 г. не знали вовсе кассационного обжалования приговоры военных трибуналов вообще, независимо от времени и обстановки, в которых они действовали. Эта свобода от кассационного надзора для военных трибуналов в военной обстановке существует и сейчас, и в правильности и целесообразности этому положению отказать нельзя.

Однако здесь речь идет о другом, и идея, заложенная в цитированном абзаце, идет гораздо дальше: речь идет о целесообразности или нецелесообразности установления такого порядка, при котором можно было бы вовсе не допускать кассационного обжалования по определенным категориям дел, рассмотренных нормальными судами вне всяких осложняющих обстоятельств. Сюда относятся дела, рассмотренные народными судами, о мелких уголовных преступлениях, мелких обидах, возбуждаемые в порядке частного обвинения, и т. д.

Можно ли в этих случаях оправдать принцип отказа или запрещения обжалования? Нам думается — нельзя. Почему, из каких соображений можно отказать в праве жалобы тому или другому лицу только потому, что дело, на которое он жалуется, пустяковое? Оно пустяковое для других, но не пустяковое для него, это — во-первых, а во-вторых — если оно и пустяковое, то это не значит, что приговор по нему может быть неправильным: он может иметь дефекты и в силу этого одного уже должен быть отменен.

Вот почему советская юстиция с самого начала своего существования встала на точку зрения допустимости обжалования любого приговора, и лишь в самый первый период знала ограничения обжалования по делам, по которым мера репрессии не превышала двухнедельного или семидневного лишения свободы по дореволюционному Уложению о наказаниях. Как только наша юстиция освободилась от этого буржуазного наследия, принцип обжалования любого приговора неукоснительно проводился все время и почитается до известной степени аксиомой.

Однако именно теперь, в самое последнее время, вновь поставлен на очередь этот вопрос, в связи с указанием на царящие в судах волокиту, длительность производства и загруженность судов кассационной инстанции разными «пустяковыми» делами.

Принципиально, повторяем, это ограничение едва ли можно оправдать; однако нет никакого сомнения в том, что некоторой обоснованности практическими соображениями этому требованию отказать нельзя, но не по тем мотивам, что в кассационных инстанциях создается «волокита». Статистика движения дел в судах за последние годы говорит, что средне-республиканская норма движения дел в народных судах не превышает для большинства дел одного-двух месяцев от начала до его конца вместе с кассационной поверкой, а в Москве движение дел в народных судах, с момента возникновения и кончая вынесением приговора, охватывает период меньше недели, а с кассационной поверкой — две-три недели. Так что волокита здесь небольшая и не в ней беда, а дело в том, что эти мелкие дела бесконечно загружают суды второй инстанции, в то время как суды первой инстанции решают эти дела в большинстве случаев правильно, о чем можно уже с определенной основательностью говорить. Это заставляет сказать, что, быть может, есть возможность отказаться от кассационной поверки этой категории дел, тем более, что сохранение надзорного порядка всегда дает возможность проверки этих приговоров, даже в случае запрещения кассационного обжалования.

Есть еще один мотив: средне-республиканский процент обжалования решений по уголовным делам колеблется между 15 и 20; а 80 — 85 % дел не обжалуются вовсе; если по отношению к ним имеет место надзорный порядок истребования и просмотра дел, то небольшая будет беда, если и остальные 15 — 20 % будут проверяться в таком же порядке. Это даст возможность судам кассационным с бо́льшим вниманием проверять остающиеся решения по более серьезным делам.

В ближайшем будущем этот вопрос будет стоять на разрешении в законодательных органах РСФСР, и, по всей вероятности, определенный шаг в этом отношении будет сделан.

Мы рассмотрим, наконец, последний абзац ст. 26, устанавливающий *права суда первой инстанции при вторичном рассмотрении дела, переданного из кассационной инстанции.* Этот абзац говорит:

«При рассмотрениии судом дела, переданного ему из кассационной инстанции для нового рассмотрения по существу, усиление меры социальной защиты, избранной при первом рассмотрении дела, допускается только в случае, если приговор был опротестован прокуратурой».

Суд первой инстанции, вторично рассматривающий дело, по этому абзацу оказывается заранее ограниченным в праве определения меры репрессии: как правило он не может назначить более тяжкой меры репрессии, чем та, которая была дана при первом рассмотрении дела и на которую пожаловался осужденный. Между тем мы знаем из практики трибуналов до 1922 г., что случаи назначения новой, более суровой, меры репрессии сплошь и рядом имели место. Ограничительная тенденция, выраженная в этом абзаце ст. 26, как раз имела задачей предупредить эти случая и тем самым еще раз оградить права осужденных. Наличность этих либерального характера соображений здесь безусловно ясна, и только ею можно объяснить текст цитированного абзаца, хотя с точки зрения общей политики такое ограничение едва ли представляется рациональным, ибо интересы целого должны были, конечно, превалировать и тут.

Этот абзац знает, однако, и исключение: кроме случаев «если приговор был опротестован прокуратурой». Это исключение более чем понятно, ибо, конечно, было бы совершенной нелепостью предоставить прокурору право протеста на приговор, а затем, когда он добился отмены приговора, запретить суду первой инстанции повышать меру репрессии по сравнению с первым приговором, хотя бы этот первый приговор был опротестован прокурором именно вследствие его мягкости.

Здесь нужно обратить внимание на то толкование, которое этой последней фразе — «если приговор был опротестован прокуратурой» — придавал одно время Верховный суд Союза; он трактовал ее так, что протест должен быть внесен прокуратурой *того суда*, где слушалось дело. Верховный суд Союза одно время заявлял, что Верховный суд РСФСР и суды, вторично рассматривающие дело, не вправе повышать меру репрессии, если приговор был опротестован центральной прокуратурой, краевой прокуратурой и т. д. или прокуратурой Верховного суда. Конечно, такое ограничение совершенно не верно. Прокуратура едина по существу, и поэтому такое толкование чересчур бы ограничило ее работу.

Тем более не правилен второй уклон, который проявлял одно время Верховный суд Союза, когда указывал, что этот абзац не относится к приговорам, опротестованным прокуратурой в порядке надзора *по истребованным делам*. Эта тенденция была отвергнута и прокуратурой РСФСР и Верховным судом РСФСР, как не вытекающая вовсе из закона и извращающая основной его смысл.

В настоящее время прокуратура Верховного суда Союза и Верховный суд Союза от этого толкования отказались.

Этим можно закончить рассмотрение вопроса о том, что должно лежать в основе отмены приговора при его рассмотрении в кассационном порядке.

Ст. 27 говорит о правах кассационной инстанции, которыми она обладает *сверх права* отмены приговора, и, с другой стороны, говорит о ее формальных правах по отношению к мотивам, изложенным в кассационной жалобе. Соответственно всему тому, что мы говорили выше, текст ст. 27 в основном правильно выражает мысль, которую мы развивали.

«Кассационные инстанции,— говорит ст. 27,— при рассмотрении дел не связаны поводами, указанными в кассационной жалобе». Это есть та политическая декларация права кассационной инстанции, по которой она получает возможность, независимо от кассационных поводов, указанных в жалобе, *искать сама поводов для отмены приговора.* Правда, текст закона — так, как он выражен в «Основах» — этого прямо не говорит; он говорит лишь о том, что они «не связаны поводами, указанными в кассационной жалобе». Что это значит в положительном смысле — об этом в «Основах» не сказано.

Об этом говорит гораздо лучше УПК РСФСР, который в ст. 412 указывает, что «независимо от рассмотрения поводов к обжалованию приговоров, указанных в кассационных жалобах и протестах, губернский суд *обязан* всякий раз просмотреть все производство по делу в ревизионном порядке и в случае обнаружения нарушений закона, влекущих за собой отмену приговора, отменять таковой и направлять дело для нового рассмотрения». О том же самом говорит ст. 436 УПК, указывающая, что Кассационная коллегия Верховного суда равным образом должна руководствоваться ст. 412.

Это положительное предписание осмотра всего дела является тем правом и тем отличием нашего строения кассационного рассмотрения дела, которое характерно отличает его от теории и практики буржуазных судов. Кассационная инстанция, по нашему закону, обязана осмотреть все дело полностью, независимо от кассационных поводов, указанных в жалобе. С этим связано и второе отличие, относящееся к правам и полномочиям кассационных судов, изложенное в ст. 27 «Основ» следующим образом:

«Кассационные суды, не входя в поверку фактических обстоятельств, установленных судом, разрешавшим дело по существу

могут: а) отменить приговор и возвратить его в низшую инстанцию для нового рассмотрения; б) изменить приговор, если это возможно, без особого производства по поверке доказательств».

В эти формулы нам необходимо особенно вдуматься. Право отмены приговора, конечно, есть безусловное право кассационной инстанции, равно как его обязанностью является возвратить дело для нового рассмотрения в суд первой инстанции. Совершенным новшеством, однако, характерным исключительно для кассационных судов Советского союза, является право кассационной инстанции на *изменение* приговора — то самое право, о котором мы говорили выше, когда анализировали ст. 437. Это право выражается *в праве смягчения репрессии.* Но закон говорит больше, — он говорит об изменении приговора и охватывает при этом изменение не только меры репрессии, но и *изменение квалификации*, что также составляет, конечно, формальное право всякой кассационной инстанции.

Значит ли, однако, эта формула «измененить приговор», что суд может не только изменить меру репрессии и квалификации преступления, но может и иначе *описать признанные судом первой инстанции факты*, другими словами — *перекроить, перестроить весь приговор, если не написать его заново?*

Все то, что мы говорили выше — текст ст. 25; то, что ст. 26 знает в качестве повода к отмене приговора только формальные нарушения и, наконец, цитированная нами выше оговорка ст. 27: «не входя в поверку фактических обстоятельств, установленных судом, разрешившим дело по существу»,— все это заставляет логически установить, что права произвольной отмены приговора в его описательной части и дачи какого-нибудь иного «описания» кассационный суд, конечно, *не имеет.* Его право ограничено: поверять фактические обстоятельства он не может, переоценивать установленные судом первой инстанции доказательства он не может, и максимум, что он может проверить, это формальную правильность приговора, формальное соответствие меры репрессии закону, формальную правильность применения соответствующего закона и его толкования и внутреннюю правомерность приговора в смысле его внутренней логичности,— но не дальше. В связи с этим кассационные суды имеют право изменения приговора вниз, но только вниз, в порядке ст. 437 на основании п. 4 ст. 413 (по УПК РСФСР).

«Основы», как мы видим, даже и этого точно не говорят. Больше того: оговаривая это право изменения приговора, они еще

раз подчеркивают: «если это возможно без особого производства по поверке доказательств»; если же изменение приговора или снижение меры репрессии обусловливается проверкой хотя бы одного из обстоятельств, установленных судом первой инстанции, или в той или иной мере зависит от степени установленности этих обстоятельств, изменение приговора не может иметь места, и приговор должен быть отменен и возвращен для нового рассмотрения.

Ст. 27 не говорит еще об одном праве, вернее — она умалчивает о том, что̀ может быть отменено кассационной инстанцией кроме приговора, именно: может ли кассационная инстанция отменить *все производство по делу* и возвратить дело к новому слушанию, начиная со стадии предварительного следствия.

Об этом точно говорит УПК РСФСР. Так, ст. 421 УПК прямо предписывает губернским судам указывать в своих определениях, с какой стадии должно начаться новое производство по делу в народном суде. То же указание обязательно и для кассационных коллегий Верховного суда.

Тот факт, что об этом праве не говорится в ст. 27 «Основ» и наоборот, говорится о нем в ст. 28, при рассмотрении прав кассационной инстанции, рассматривающей дело в порядке надзора, не дает, нам кажется, основания утверждать, что этого права нет у кассационной инстанции при рассмотрении дел не в надзорном порядке. Впрочем, это роли не играет, поскольку кассационная инстанция обязана просматривать дело в ревизионном порядке и всегда вправе применить ст. 28 и признать необходимым отменить все производство по делу.

Больше «Основы» ничего не говорят о кассационной инстанции и ее правах, предоставляя остальное законодательству союзных республик. И мы видим, что республиканские законодательства, в частности УПК РСФСР, в этом отношении идут гораздо дальше, детально определяя права и полномочия кассационных инстанций, указывая, напр., как должен поступить суд, если приговор обжалован лишь некоторыми из осужденных лиц; в каких случаях приговор обязательно подлежит отмене, независимо от существенности или несущественности нарушения и от того, повлияло или не повлияло то или иное нарушение на приговор; устанавливает случаи, при которых то или другое нарушение всегда должно влиять на приговор и тем самым должно влечь за собой его дефективность и отмену. Вместе с тем УПК РСФСР, определяя права губернских судов

и Верховного суда, формулирует их иначе. Все эти детали хорошо, однако, известны нашим судам, и на них мы останавливаться не будем.

Нам важнее здесь, при анализе ст. ст. 26 и 27 «Основ», выяснить лишь основные моменты, определяющие пределы кассационной компетенции и пределы прав и полномочий кассационных инстанций, как они даны основным союзным законом.

Рассмотрением вопроса о правах и полномочиях кассационных инстанций при рассмотрении дел в порядке надзора мы и закончим анализ судебных функций наших кассационных судов. Ст. 28 об этом говорит:

«Приговор суда, вошедший в законную силу, может быть пересмотрен в порядке надзора Верховным судом подлежащей союзной республики и высшим или главным судом автономной республики, если ими будет признано, что судом, вынесшим приговор, при рассмотрении дела было допущено существенное нарушение форм судопроизводства или законов Союза ССР или союзных республик.

При рассмотрении дел в порядке надзора суды вправе вынести определение как об отмене приговора и о новом рассмотрении дела, так и об отмене всего производства по делу и о назначении нового производства предварительного следствия».

Вот что гласит основной закон о компетенции верховных судов в порядке надзора. Должно прямо сказать, что это — чрезвычайно широкая компетенция, которой не указано никаких пределов, поскольку «приговор суда, вошедший в законную силу», — это всякий приговор, так что всякий приговор может быть пересмотрен в порядке надзора. Если бы ниже не было ограничения, что при рассмотрении дела в порядке надзора суд может вынести только определение об отмене приговора и о новом рассмотрении дела с отменой или без отмены всего производства по делу, в том числе и предварительного следствия, можно было бы сделать из слова «пересмотр» тот вывод, что приговор суда в порядке надзора может быть пересмотрен в смысле его полного пересоставления и изменения. Закон, однако, ограничивает это право, как мы видели, только правом отмены приговора.

Мы думаем, что в этом отношении ст. 28 заключает в себе чисто технический ляпсус, фактически превратившийся, однако, в ляпсус принципиальный, который едва ли может быть оправдан.

Ст. 441 УПК РСФСР в этом отношении более правильно указывает, что права касационной инстанции при просмотре дел в по-

рядке надзора не могут быть меньше тех прав, которые суд имеет при рассмотрении дел в касационном порядке, и что, поскольку истребование дела в порядке надзора уже предполагает в нем некоторые существенные дефекты, нельзя ограничивать права Верховного суда и делать их более узкими, чем права суда при нормальном кассационном рассмотрении дела. Вот почему ст. 441 правильно говорит, что в случаях, когда приговор по делу уже вынесен, Верховный суд вправе постановить: 1) либо об отмене приговора и передаче его для нового рассмотрения, 2) либо о соответствующем изменении приговора. А ст. 429 в этом случае равным образом направляет дело в кассационное отделение губернского суда, которое, конечно, имеет те же права в данном случае, что и при рассмотрении любой кассационной жалобы.

Мы думаем, что только технической ошибкой следует объяснить то сужение прав, которое дано в ст. 28, где указано, что суд вправе при рассмотрении дел в порядке надзора вынести определение об отмене приговора или об отмене всего производства по делу, если сочтет это нужным. Толковать это иначе — значило бы входить в противоречие с самым духом надзорного порядка, которому наш закон придает гораздо большее значение, чем чисто кассационному порядку.

Какие же мотивы указаны здесь в качестве могущих повлечь отмену приговора в порядке надзора? Эти мотивы формулированы довольно широко: 1) существенное нарушение форм производства, на что указывает и ст. 26, и 2) существенное нарушение законов Союза и союзных республик, на что указывает п. «б» ст. 26. Степень существенности нарушения определяется исключительно учреждением, возбуждающим дело в порядке надзора и решающим дело окончательно.

Затем обращает на себя внимание в тексте ст. 28 и вообще всех статей «Основ судопроизводства» знак равенства, который проводит закон между верховными судами союзных республик и высшими или главными судами автономных республик. Это неверное уравнение в правах объясняется теми причинами, о которых мы говорили, когда рассматривали «Основы судоустройства». Этим текстом, однако, не только не разрешался, но еще больше запутывался бы вопрос о том, вправе ли Верховный суд республики рассматривать в порядке надзора приговоры высшего или главного суда автономной республики, и если бы не было соответственной статьи в «Основах судоустройства», твердо и определенно декретирующей это право, можно было бы сделать неправильный вывод о

том, что Верховный суд не вправе в порядке надзора ни рассматривать, ни, тем более, отменять приговоры главных судов автономных республик. Ст. 11 «Основ судоустройства» говорит, что «права Верховного суда каждой из союзных республик на рассмотрение, отмену или изменение приговоров и решений любого суда данной республики в порядке высшего судебного надзора, а равно порядок и пределы отправления этого права, устанавливаются законами каждой союзной республики, а по отношению к главным и высшим судам автономных республик — Положениями об этих судах».

Поскольку Положение об этих судах есть также не что иное, как закон данной республики, постольку, конечно, не может быть речи о том, чтобы они были изъяты из надзорной компетенции Верховного суда этой республики.

Нам остается рассмотреть порядок действий отдельных колес и рычагов судебной машины и пределы их компетенций при рассмотрении дел в порядке надзора, т. е. пределы компетенции прокуратуры, Верховного суда и губернских судов и их кассационных отделений при рассмотрении ими дел в надзорном порядке. Об этом говорит ст. 29 «Основ», устанавливающая, что «порядок рассмотрения дел в порядке надзора в Верховном суде Союза ССР определяется Положением о нем. Право и порядок пересмотра приговоров, вошедших в законную силу, губернскими или соответствующими им судами устанавливаются законодательством союзных республик».

Ст. 29 таким образом представляется бланкетной статьей, статьей, отсылающей нас к общесоюзному или республиканскому законодательствам по принадлежности.

Как же разрешает этот вопрос, в частности, УПК РСФСР? Он устанавливает, прежде всего, две инстанции, которые могут истребовать и направлять дела в порядке надзора; прокурорский надзор и соответственно председатель губернского суда и Верховный суд РСФСР. В свое время был спор о целесообразности такого двойного порядка. Мы полагаем, что есть все основания к централизации направления этих дел только в прокурорском надзоре, но не видим, однако, большой беды и в том, если эти дела будут направляться и председателем губернского суда, поскольку важно лишь установить как правило, чтобы истребование дел этим последним имело место только в порядке исключения и чтобы был установлен определенный контакт, при котором истребованные дела, кем бы они ни были истребованы, попадали в одно определенное русло, чем

исключалась бы возможность разнобойного направления одного и того же дела.

Это тоже предусматривал первоначально УПК РСФСР, указывавший, что, кем бы дело ни было истребовано, раньше должно иметь место предварительное согласование этого вопроса между председателем губсуда и прокурором, могущим остановить дальнейшее надзорное движение.

Затем наш закон устанавливает обязательное направление этих дел либо в кассационное отделение губернского суда, либо в Кассационную коллегию Верховного суда, в зависимости от того, какой председатель или прокурор истребовали дело, после чего все надзорные дела получают одно определенное течение.

Практика, однако, очень скоро отбросила первый момент — согласование между председателем и прокурором — и установила порядок направления этих дел прямо в кассационное отделение. Закон устанавливает лишь одну существенную разницу в отношении этого права по отношению к делам, находящимся в следственном производстве: право истребования дел, находящихся в следственном производстве, по УПК РСФСР, принадлежит исключительно прокурорскому надзору.

Об этом праве вовсе не говорит союзный закон, который толкует лишь о порядке пересмотра приговоров, вошедших в законную силу. Из этого, однако, не вытекает, что не может быть надзорного порядка и по делам, по которым еще нет приговора. Закон РСФСР лишь запрещает истребование дел в порядке надзора, если дело уже началось слушанием: «в тех случаях, когда по данному делу уже происходит судебное заседание, — говорит ст. 427 УПК РСФСР,— отсылка дела допускается только по вынесении приговора».

Во всех тех случаях, где действует только прокуратура, дальнейшее направление делу, по УПК РСФСР, дает она. В случае, однако, если дело истребовано после вступления приговора в законную силу, УПК РСФСР дает ему различное направление: в пленум губернского суда, в кассационное отделение губернского суда или в Кассационную коллегию Верховного суда, в зависимости от решения пленума губсуда. Эти подробности сейчас нас, однако, особенно интересовать не могут. Закон РСФСР в этом отношении достаточно детально разрабатывает и вполне использует право, предоставленное союзным законом республиканскому законодательству по установлению порядка и пределов пересмотра приговоров.

ГЛАВА ПЯТНАДЦАТАЯ.

О вступлении приговора в законную силу.— Наблюдение за исполнением приговора.— О пересмотре и возобновлении уголовных дел по вновь открывшимся обстоятельствам.

Чтобы не нарушать определенной системы рассмотрения статей основного закона соответственно течению процесса, мы рассмотрим сначала ст. 31, говорящую о порядке вступления в силу обвинительных приговоров, и лишь затем вопрос, являющийся частным,— о пересмотре и возобновлении уголовных дел по вновь открывшимся обстоятельствам, так как рассмотрение уголовных дел по новым обстоятельствам, по инициативе осужденного, после вступления приговора в законную силу, представляется исключительным и сравнительно редко имеющим место случаем.

Ст. 31 «Основ», обрисовывающая заключительную фазу процесса, в своем первом абзаце говорит о том, что «обвинительный приговор приводится в исполнение лишь по вступлении его в законную силу». Таким образом закон устанавливает, как совершенно самостоятельный процессуальный момент, вступление приговора в законную силу, как правило отделенный во времени от момента вынесения приговора.

Момент вынесения приговора не есть момент вступления его в законную силу и, наоборот, лишь момент вступления приговора в законную силу, как самостоятельный процессуальный момент, замыкает собой круг развития процессуальных действий и течение процесса в целом.

Что же означает по существу момент вступления приговора в законную силу? Он, прежде всего, как мы уже сказали, не представляет собой момента приведения приговора в исполнение. Последнее является лишь последствием вступления приговора в законную силу и может вовсе не иметь места, даже несмотря на вступление приговора в законную силу, напр., в случаях, когда приговор приостанавливается в порядке надзора или изменяется при применении амнистии ЦИК союзной республики или Союза.

Таким образом реальное исполнение приговора представляет собой также особый момент; но в процессуальном отношении играющим гораздо меньшую роль заключительным моментом является именно вступление приговора в законную силу, т. е. объявление его с известного момента имеющим определенное и самостоятельное юридическое бытие.

Именно поэтому второй абзац ст. 31 специально разъясняет этот процессуальный момент и устанавливает, что «приговор признается вступившим в законную силу по истечении срока, установленного для обжалования, если жалоба принесена не была; в случае же принесения жалобы (подразумевается и протеста, хотя закон об этом и не говорит, что̀ нельзя не признать технической редакционной ошибкой) приговор вступает в законную силу в день оставления жалобы без последствия судом второй инстанции».

Почему закон считает нужным так сугубо выделить этот момент и придает ему особое процессуальное значение? Прежде всего, по техническим соображениям, ибо от точного установления срока признания приговора вступившим в законную силу зависит и исчисление срока самого приговора и связанных с приговором последствий, напр., поражения в правах, а затем и по соображениям принципиальным, поскольку общераспространенным и общепринятым в юридической практике является тезис о том, что судебный приговор до известной степени *равносилен законодательному акту*. Не верить тому, что сказано в приговоре, другие учреждения уже не могут; то, что приговор установил и что было спорным до его вступления в законную силу, считается установленным после этого, и факты, указанные в приговоре, могут уже служить основанием для решения целого ряда других дел, как уголовных, так, в частности, и гражданских, поскольку по УПК для гражданского суда доказанными являются факты, установленные уголовным приговором. Все это и заставляет, как мы сказали выше, выделить — как особый процессуальный момент — момент вступления приговора в законную силу.

Закон устанавливает дальше, что вступление приговора в законную силу наступает «по истечении срока, установленного для обжалования, если жалоба принесена не была». Этот срок — двухнедельный для народных судов и 72-часовый для губернских судов — является временно задерживающим вступление приговора в законную силу, хотя жалоба принесена и не была, ибо она еще может быть принесена и может повлечь все вытекающие отсюда последствия. Однако в случае принесения жалобы по союзному закону «приговор вступает в законную силу в день оставления жалобы без последствия судом второй инстанции», именно в этот день, а не в день, когда об этом стало известно суду, направившему дело во вторую инстанцию вместе с кассационной жалобой. Такое исчисление срока принято опять-таки исходя из тех соображений, что с момента утверждения приговора техническое запоздание сообщения об этом утверждении суду второй

инстанции не может быть признано отягчающим обстоятельством, влияющим на судьбу осужденного в смысле продления срока приговора.

Та техническая невязка, которую мы отметили выше, что ст. 31 ничего не говорит о кассационном протесте, конечно, не может быть объяснена иначе, как оплошностью. В практике нельзя допустить такого положения вещей, чтобы принесение кассационной жалобы приостанавливало вступление приговора в законную силу, а принесение кассационного протеста на это бы не влияло.

Особо нужно отметить, что только принесение кассационной жалобы или кассационного протеста имеет последствием приостановление вступления приговора в законную силу. Истребование дела в порядке надзора, конечно, не может иметь такого последствия, поскольку истребование дел в порядке надзора не ограничено никаким сроком, хотя бы оно имело место по жалобе осужденного, после того как его жалоба была отклонена кассационной инстанцией.

УПК РСФСР лишь технически повторяет текст союзного закона. Но интересно, что наш УПК знает отсрочку в исполнении приговора, несмотря на вступление его в законную силу, независимо от истребования дела в порядке надзора и независимо от акта амнистии или помилования, а исключительно в силу обстоятельств, требующих этого в интересах осужденных. Согласно ст. 456 УПК РСФСР такая отсрочка допускается «при болезни осужденных, препятствующей отбытию ими наказания», «при беременности осужденной» и «когда немедленное отбытие наказания может повлечь за собой тяжкие последствия для осужденного или его семьи ввиду особых обстоятельств или особых условий его положения, как-то: пожара или иных стихийных бедствий, тяжкой болезни или смерти единственного работоспособного члена семьи и т. д.».

Эта статья, показывающая внимательное отношение УПК РСФСР к осужденным, еще раз обнаруживает гуманный дух, которым вообще проникнут наш УПК. Разрешаются все эти вопросы судом, вынесшим данный приговор. В частности закон допускает и рассрочку штрафов. Впрочем, эти вопросы относятся уже скорее к нашей исправительно-трудовой политике, чем непосредственно к вопросам процесса.

Ст. 31, однако, говорит все это относительно обвинительных приговоров. Значит ли это, что все сказанное выше относится к оправдательным приговорам? Казалось бы — значит, однако это правильно. По ст. 454 УПК «приговор оправдательный или освобождающий от меры репрессии приводится в исполнение председателем немедленно

по провозглашении приговора», даже не ожидая его формального утверждения, независимо от наличия кассационной жалобы или протеста и независимо от невступления еще приговора в законную силу.

Некоторая нецелесообразность этого указания закона может быть, однако, оправдана желанием законодателя подчеркнуть щепетильное отношение закона к стеснению личной свободы оправданного для предоставления ему возможности немедленно воспользоваться благом этой свободы; закон идет тут на некоторый риск, предписывая немедленное освобождение оправданного, несмотря на то, что приговор впоследствии может быть опротестован или даже отменен.

Четвертый абзац ст. 31 рассматривает следующий частный случай: как надлежит относиться к приговору в случае, если он опротестован в части? «В тех случаях,— говорит закон,— когда жалоба принесена лишь в части приговора, приговор в остальной части считается вступившим в законную силу в день истечения срока, установленного для обжалования». Содержание этой части ст. 31 настолько ясно, что в особых комментариях, мы полагаем, не нуждается. Это есть лишь логический вывод из второй части той же статьи.

Третий абзац предусматривает, однако, еще один случай, чрезвычайно важный и дающий широкое поле для законодательного творчества союзных республик. Здесь статья говорит о случаях, когда жалоба может быть не пропущена, другими словами — когда может быть аннулировано само право кассационного обжалования осужденного, несмотря на то, что это право гарантировано ему законом в общем порядке и что он этим правом желает воспользоваться. «Лишь в случаях, *точно предусмотренных* законодательством Союза ССР и союзных республик по принадлежности,— говорит закон,— жалобы могут быть не пропущены». Союзный закон больше ничего не говорит, сделав лишь общую ссылку на законодательство союзных республик.

Однако этот вопрос настолько серьезен, что требует более глубокого рассмотрения: во-первых, знает ли, в частности, законодательство РСФСР такого рода случаи, и, во-вторых, какого они характера и чем они могут быть оправданы?

Законодательство РСФСР такие случаи знает. УПК РСФСР заимствовал их от прежнего трибунального законодательства и сохранил полностью в ст. 406, где указано, что «в местностях, объявленных на военном положении, губернским судам предоставляется право в случаях вынесения приговора к высшей мере социальной защиты входить в течение 24 часов после вынесения приговора, при

подаче осужденным кассационной жалобы, с представлением о непропуске таковой и обращении приговора к немедленному исполнению. Вопрос о пропуске или непропуске кассационной жалобы подлежит разрешению губернским исполнительным комитетом или его президиумом в течение 24 часов с момента получения представления губернского суда; при этом губернский исполнительный комитет не вправе, однако, входить в рассмотрение вопроса о доказанности или недоказанности преступления и разрешает вопрос, исключительно исходя из соображений опасности и распространенности данной категории преступных деяний в данной местности и необходимости принятия экстренных мер к их искоренению».

«Представление губернского суда,—говорит дальше ст. 406,—о непропуске кассационной жалобы не освобождает его от необходимости соблюдения правил, предписанных ст. 440 Уголовно-процессуального кодекса, и получение соответствующего извещения от Верховного суда о приостановке приговора и истребование дела имеет силу независимо от разрешения исполнительным комитетом вопроса о непропуске жалобы».

Мало того: статья кроме того указывает, что это право «предоставляется губернским исполнительным комитетам всякий раз особым постановлением Всероссийского центрального исполнительного комитета, с точным указанием срока, на который оно вводится».

Все эти сугубые и многочисленные ограничения таким образом устанавливают:

1) что для того, чтобы не пропустить жалобу, требуется, чтобы местность была объявлена на военном положении;

2) что, независимо от объявления местности на военном положении, должно быть специальное предоставление этого права данному губернскому исполнительному комитету со стороны ВЦИК;

3) что должен быть указан срок, на который это право предоставлено;

4) что это право для губернских судов действует только в течение 24 часов с момента вынесения приговора;

5) что приговор обязательно должен быть приговором к расстрелу;

6) что это право действует в отношении губисполкомов только в течение 24 часов с момента получения представления губернского суда;

7) одновременно, однако, при этом указано и другое: что губернский исполнительный комитет не вправе входить при этом в обсуждение дела по существу;

8) что пределы его компетенции ограничены тем, что, считая факт преступления доказанным, он должен лишь рассмотреть вопрос — целесообразен или нецелесообразен непропуск жалобы в силу опасности для данной местности именно того преступления, за которое осужден виновный.

Но даже при всех этих условиях, если в этот момент дело было истребовано и приговор приостановлен в порядке ст. 440 прокуратурой или председателем Верховного суда, это истребование аннулирует постановление губисполкома, и движение протеста в порядке ст. 440 получает нормальное направление.

Вот какими сугубыми ограничениями обставил закон РСФСР вопрос о недопуске обжалования в полном соответствии с требованием ст. 31, что жалоба может быть не допущена лишь в точно предусмотренных законодательством Союза и союзных республик случаях.

Ст. 408 УПК оговаривает то же право революционных военных советов фронтов, армий и военных округов и командующих фронтами, армиями и военными округами в отношении приговоров военных трибуналов, с тем лишь отличием, что это право «принадлежит указанным учреждениям и лицам независимо от предварительного разрешения Всероссийского центрального исполнительного комитета».

Последний абзац ст. 31 говорит о надзоре за исполнением приговоров, коротко и четко устанавливая лишь один тезис: «надзор за исполнением приговоров принадлежит прокуратуре». В силу особой практической и принципиальной важности этого тезиса мы предлагаем, чтобы он был формулирован в виде *особой статьи*. По существу, впрочем, мы об этом говорили при рассмотрении «Основ судоустройства». Там мы видели в ст. 14 такое же короткое определение при установлении компетенции прокуратуры, к каковой пунктом «д» этой статьи отнесено «наблюдение за исполнением приговоров, за законностью содержания под стражей, за состоянием и деятельностью мест заключения». Отсюда может возникнуть вопрос о ненужности, может быть, такой специальной оговорки в ст. 31. Мы думаем, однако, что это напоминание вполне правильное, поскольку здесь этот вопрос рассматривается не как вопрос о компетенции прокуратуры, а как вопрос процессуальный.

Союзный закон больше ничего по этому поводу не говорит, как ничего по этому поводу не говорит и УПК РСФСР, указывающий лишь в общей форме в ст. 455, что «надзор за правильным приведением приговора в исполнение осуществляется прокура-

турой». Правда, УПК РСФСР дальше, говоря об исполнении приговоров, указывает целый ряд вопросов, которые здесь могут иметь место, но которые связаны уже с нашей исправительно-трудовой политикой. С этой точки зрения упоминание о прокуратуре как органе, надзирающем за правильным соблюдением указанных статей, получает вполне определенное содержание. Однако в той формулировке, какая дана союзным законом, это указание представляется только общей формулой, без какого-нибудь конкретного указания. Со стороны содержания она поэтому отнюдь не может быть признана удовлетворительно изложенной статьей — последнее тем более, что на практике этот вопрос вызвал целый ряд споров и заключает в себе целый ряд неразрешенных проблем: *как* наблюдать за исполнением приговора, вернее — как *технически* поставить это наблюдение; в частности, должно ли сосредоточивать в прокурорском надзоре *копии приговоров* всех судов и заставлять, следовательно, народных судей *отсылать* соответствующим участковым помпрокурорам копии своих приговоров и т. д. Этот вопрос очень большой и сложный, и в практике при его разрешении встречаются чрезвычайные трудности. Основных конкурирующих форм надзора здесь две: *1) учет и регистрация приговоров, 2) посещение мест заключений и принудительных работ*. Последнего, конечно, недостаточно, но вопрос об учете и регистрации приговоров технически, при выработке методов проведения этого учета, как раз представляет собой тот камень преткновения, который мешает, в силу чрезвычайной трудности постановки учета и регистрации, действительно провести их в жизнь. Пока что приходится ограничиваться системой проверки *на выборку* при ревизиях судебных учреждений, мест заключений и лагерей принудительных работ того, *как* приводятся приговора в исполнение.

Во всяком случае точное указание закона о том, что этот надзор принадлежит прокуратуре, разрешает категорически по крайней мере один вопрос: никакие ведомственные споры о приоритете между судом или прокуратурой или другими ведомствами по вопросу, *кому принадлежит право надзора*, невозможны,— этот вопрос полностью разрешен основным законом, и прокуратура признана им основным органом, на котором лежит эта функция. Как мы видели, о том же специально говорит и ст. 14 «Основ судоустройства».

Обращаясь теперь к ст. 30, трактующей о пересмотре уголовных дел по вновь открывшимся обстоятельствам и возобновлении производства по таковым, мы увидим, что союзный закон устанавли-

вает здесь ряд ограничительных требований. Во-первых, согласно тексту ст. 30, такой пересмотр допускается «лишь по постановлениям верховных судов союзных республик»,— никакие другие суды, следовательно, не могут постановить самостоятельно о возобновлении судебного рассмотрения дела, и никакой другой орган не может постановить о возобновлении и пересмотре дела, в том числе и прокурорский надзор. Этого, однако, мало. Закон говорит: «лишь по постановлениям верховных судов союзных республик», и это «лишь» исключает постановления о пересмотре дел даже со стороны ВЦИК или ЦИК Союза. Так формально вытекает из текста закона. Правда, Президиум ВЦИК может предложить Верховному суду не пересмотреть дело, а лишь поставить вопрос о таком пересмотре, но Верховный суд формально может признать такой пересмотр излишним.

Дальше закон говорит, что кроме Верховного суда тот же вопрос могут поставить высшие или главные суды автономных республик и Верховный суд Союза ССР. Во всех, однако, случаях закон сверх того требует представления прокурорского надзора. Оговорка о том, что требуется представление прокурорского надзора, чрезвычайно характерна, поскольку она таким образом *исключает самостоятельную инициативу этих судов.*

Не менее важной является последняя оговорка ст. 30, что «порядок пересмотра устанавливается законодательством Союза ССР и союзных республик по принадлежности». УПК РСФСР, устанавливая этот порядок, указывает, куда и как должны подаваться соответствующие заявления соответствующими лицами, как должен действовать прокурор, куда он должен направлять собранные материалы с своим заключением и кто, в конце концов, решает этот вопрос. Определению этого порядка УПК РСФСР посвящает ст. ст. 445, 446 и 447. По ст. 447 окончательно «вопрос о возобновлении дела разрешается Верховным судом в порядке судебного надзора через Кассационную коллегию».

Этим мы можем закончить анализ статей «Основ судопроизводства», поскольку последняя ст. 32, как мы говорили, буквально, текстуально, почти слово в слово повторяет вторую часть ст. 19 «Основ судоустройства». Разница лишь в том, что ст. 32 говорит: «все приговоры судебных учреждений, распоряжения прокуратуры и постановления следственных властей Союза ССР и союзных и автономных республик подлежат приведению в исполнение всеми судебными, следственными и административными органами по всей территории Союза ССР», а вторая часть ст. 19 «Основ судоустрой-

ства» гласит: «все приговоры, решения и судебные приказы всех судебных учреждений Союза ССР, союзных и автономных республик, а равно постановления и требования прокуратуры и подтвержденные прокуратурой постановления судебно-следственных органов, подлежат приведению в исполнение всеми судебными, следственными и административными органами, в пределах их компетенции, по всей территории Союза ССР».

Текст ст. 19 «Основ судоустройства» таким образом полнее текста ст. 32 «Основ судопроизводства» и поэтому должен быть признан основным и главенствующим, и все то, что мы говорили по поводу этой статьи при разборе «Основ судоустройства», надлежит здесь сказать по поводу ст. 32. То, что обе статьи встречаются почти в одинаковом тексте в двух *одновременно* принятых законах, показывает техническое несовершенство нашего законодательного механизма.

Нам остается теперь рассмотреть временно оставленный нами без разрешения вопрос о наиболее целесообразном, с нашей точки зрения, построении предварительного следствия и *подвести итоги.*

ГЛАВА ШЕСТНАДЦАТАЯ.

О следственном производстве. — Заключение.

Мы обещали вернуться к вопросу о предварительном следствии и наилучших методах его процессуального построения, исходя из того, что хотя союзный закон об этом процессуальном строении ничего не говорит, отсылая нас в этом случае целиком к законодательствам союзных республик, тем не менее весь вопрос представляет собою настолько важную проблему, что без постановки и обсуждения хотя бы некоторых из основных связанных с ней вопросов обойтись совершенно нельзя.

В чем заключается содержание всей проблемы в целом? Она сводится к постановке и разрешению вопроса о том, как целесообразнее построить технику предварительного расследования преступления так, чтобы она обеспечивала, с одной стороны, наиболее полное раскрытие материальной истины, т. е. фактов, так, как они имели место в жизни, и, с другой стороны, чтобы она в наименьшей степени сопровождалась ограничением прав и отягчением личного положения привлеченных к делу, поскольку до вынесения судебного приговора нет и не может быть презумпций о том, что именно привлеченный к делу совершил данное преступление.

Как видим, весь вопрос по существу сводится к разрешению той же самой коллизии между интересами охраны общественного порядка и интересами привлеченных к делу, которая вообще представляет существо всего судебного процесса. Отсюда либеральные теории построения процесса ставили своей задачей построить его так, чтобы эти личные права были ограждены в наибольшей степени. Логическим выводом отсюда, в свою очередь, следовала идея построения следственного производства на таких же основаниях, как и производство судебного расследования, т. е. на основе представления привлеченному всех возможных гарантий для защиты и опровержения предъявленных ему обвинений.

В наиболее развитой форме это вылилось в такое построение, при котором привлеченный к делу должен иметь возможность: 1) знать то, что ему вменяется в вину, и 2) представить контр-доказательства. Поэтому требования допущения защиты на предварительное следствие и публичности следственного производства вытекали уже как условия, которые выдвигались как наилучший способ обеспечения этих прав. Так проблема практически и ставится в развитых процессах некоторых западно-европейских процессуальных кодексах, в частности в английском процессе.

Полярной противоположностью такого построения следственного производства являлось построение следственного процесса в дореформенных процессуальных уставах царской России до уставов 1864 г. Следственный процесс до 1864 г. не допускал ни гласности ни публичности, не говоря уже о допущении защиты, и все производство велось на началах так называемого розыскного процесса. Параллельно, в зависимости от того, как разрешался этот основной вопрос, на противоположных началах строились и отдельные моменты судебного производства: принятие мер пресечения, в том числе лишение свободы до суда в качестве меры пресечения; вопрос о коллективном или единоначальном построении самого следственного аппарата; вопрос о сроке для предъявления обвинения и построение камеры предания суду.

Нам нет нужды рассматривать здесь подробно исторические формы построения судебного процесса в обеих этих полярно-противоположных его формах. Чтобы правильно решить проблему построения следственного производства, нам важно установить, прежде всего, основной угол зрения, исходя из которого должен строиться советский следственный процесс. Что должно быть поставлено в основу при решении всего вопроса — интересы подсудимого или интересы охраны

общественного порядка, — вот как должен быть поставлен вопрос прежде всего. В зависимости уже от его решения должно последовать и решение всех остальных, вытекающих отсюда вопросов.

Так считаем мы необходимым формулировать основную постановку проблемы. А при такой ее постановке сам собой возникает и ответ на нее, а следовательно, и решение других процессуальных проблем.

Мы видели, что интересы целого и интересы охраны общественного порядка явились, и по праву должны были явиться, решающими при построении всего вообще судопроизводственного процесса. А раз так, то отсюда уже вытекает, что при выборе между двумя описанными выше полярно-противоположными точками зрения мы наперед должны решить, что для нас предпочтительно принять отнюдь не первую, либеральную, а именно вторую точку зрения на весь вопрос. Это не значит, конечно, что при решении его практически мы можем или должны всецело откинуть соображения, лежащие в основе противоположного решения, но это безусловно значит, что тогда, когда коллизия между этими двумя точками зрения вынудит нас решать вопрос методом «или — или», мы должны предпочесть второе, а не первое решение.

Такое решение вопроса обусловливается, конечно, не только общего характера рассуждениями. Условия классовой борьбы, в которых мы живем, условия живой действительности, которая нас окружает, интересы обеспечения диктатуры рабочего класса в период строительства им коммунистического общества — категорически требуют от нас того, что в случаях коллизии интересы личности должны в наших глазах отходить на второй план. Нельзя допустить такого построения следственного производства, при котором бы рабочий класс предоставил своим заведомым врагам сознательно все возможности борьбы, уклонения от репрессий и сокрытия преступлений в момент, когда весь общественный порядок отнюдь еще не представляет собой устоявшегося и оформившегося общественного строя, когда удары, направленные против нас, продолжают итти еще со всех сторон, когда он видит перед собой классовых врагов, для которых все средства к уничтожению данного общественного порядка хороши. Это было бы нелепостью, маниловщиной, своеобразным политическим харакири. Наш процесс поэтому строится на основе своеобразного компромисса между обеими точками зрения, однако с явным превалированием точки зрения охраны интересов целого, прежде всего.

Конкретно следственный процесс строится по УПК РСФСР, как и по УПК всех союзных республик, на основе: единоличного следователя, действующего не в порядке независимого следственного судьи, решающего по своей совести и по своему усмотрению все вопросы процессуального характера, а как орган государственной власти, подчиненный этой государственной власти, подконтрольный этой государственной власти, действующий по указаниям государственной власти, сменяемый и назначаемый государственной властью. Это — первое. По тем же самым соображениям следственный аппарат строится нами как аппарат, подчиненный прокурорскому надзору в динамике своей работы. Каждое отдельное следственное действие может быть проверено прокурорским надзором, каждое следственное действие может быть отменено прокурорским надзором. Лишь в исключительных случаях следователю предоставляется право обжалования действий прокурора в суд; однако практика показывает, что этих обжалований очень незначительное количество, да и нет нужды особенно настаивать на сохранении этой фикции независимости следователя. Нет нужды, ибо нет достаточных принципиальных мотивов для построения следственного аппарата как независимого органа; действия следователя все равно проверяются затем на суде, гласном и публичном, и могут быть тогда оспариваемы и признаны неправильными. И конечно, нет никаких оснований полагать, что прокурорские власти, как и следственные власти, будут заинтересованы в том, чтобы во что бы то ни стало «угробить» привлеченного, «закатать» невинного, доказать несуществовавшее.

В особенности ясной становится необоснованность этих опасений, если вспомнить, что подавляющим количеством привлеченных все же являются принадлежащие к классу трудящихся и что пролетарское государство вовсе не стремится возможно большее количество этих трудящихся посадить по тюрьмам или подвергать каким-либо другим мерам репрессии. Важно лишь обеспечить этим трудящимся необходимую возможность защиты. В случаях же, когда перед лицом следователя стоит классовый враг, тем более нет оснований давать ему возможность заведомо укрыть следы преступления.

Поэтому же иначе, чем либеральный процесс, решает наш процесс и вопрос о публичности следственного производства. Как правило оно у нас не публично и не гласно, и не только не публично и не гласно для широкой публики, но не гласно, до заключительного момента следственного производства, и для самого привлеченного по делу. Закон (УПК РСФСР) требует лишь обязательного

в определенный срок предъявления привлеченному обвинения, максимально отдаляя этот срок на две недели с момента привлечения его к делу, требует обязательного предъявления ему обвинения в окончательной форме перед окончанием следственного производства, а в момент вручения обвинительного акта требует, если привлеченный того пожелает, обязательного предъявления ему всего следственного производства по делу и предоставляет ему в этот момент возможность сказать, чем он хочет дополнить следствие и на что он считает необходимым обратить внимание.

Наконец, в силу тех же оснований наш закон отрицательно разрешает вопрос о допущении защиты в стадии предварительного следствия. На этом последнем вопросе необходимо, однако, более подробно остановиться.

Не всегда так решал этот вопрос советский уголовный процесс. Был период, непосредственно после революции, когда уже первый акт советской власти, касающийся следственного производства, утверждал прямо противоположное — декларативно признавал необходимым допущение защиты в предварительном следствии, правда, конкретно не определяя форм этого допущения, строил самоследственное производство как коллективное производство, особенно в вопросах принятия меры пресечения, и учинял *гласную* камеру предания суду, расчленяя заключительный момент следственного производства на два момента: момент предъявления материалов и момент вручения обвинительного акта.

Все это было результатом того наследия и господства либеральных идей, имевших силу и авторитет для первых строителей нового советского процесса в первый период революции (см. выше). Жизнь очень скоро разбила эти иллюзии, и суровая действительность заставила отказаться от этих совершенно не укладывавшихся в условия гражданской войны либеральных требований.

Нынешний процесс, однако, еще сохранил в себе некоторые остатки этих веяний. Так, и нынешний УПК РСФСР знает статью, говорящую о праве обвиняемого, помимо вызванных следователем экспертов, требовать и вызова других экспертов (ст. 159). В первой же редакции, ныне отмененной, УПК РСФСР знал и право обвиняемого присутствовать при допросе свидетелей и право его дважды знакомиться с следственным производством. Нынешняя редакция УПК исключила последние льготы. В ст. 246 наш УПК знает лишь требование обязательного вручения копии обвинительного заключе-

ния за определенный срок до слушания дела, причем только в этот момент знает обязательство объявления подсудимому, «что он имеет право избрать себе защитника или иметь такового по назначению, причем он должен быть также опрошен», «желает ли он дополнить списки свидетелей и экспертов, вызываемых в судебное заседание, и истребовать какие-либо другие доказательства или предъявить новые ходатайства». Только с этого момента обвиняемый, согласно ст. 252, получает право объясняться со своим защитником, знакомиться с делом и выписывать из него нужные сведения.

Наш процесс построен, таким образом, на предоставлении широких возможностей обвиняемому на суде и на максимальном сжатии этих возможностей к защите до суда. Практика безусловно оправдала такое построение процесса.

Вопрос о допущении защиты в стадии предварительного следствия вновь возник уже в самое последнее время, хотя в ином разрезе, чем он ставился первоначально. Искусственное отдаление момента вступления защиты в дело привело к тому, что судебное заседание очень часто превращается в чрезвычайно затяжной процесс, благодаря тому, что на суде защитой ставится на рассмотрение суда целый ряд обстоятельств, которые совершенно не подвергались обследованию на предварительном следствии. Защита стремится осложнить и возможно расширить судебно-следственное производство, причем в определенных количествах случаев такое расширение действительно вызывается обстоятельствами дела, в большинстве же случаев оно ими не вызывается и фактически является лишь методом затемнения существа дела.

Исходя из этих соображений, возникла мысль о возможной целесообразности допущения защиты в стадии следственного производства в целях сокращения судебно-следственного производства, ограничив одновременно ее права на предъявление ходатайств и новых документов на суде. Эта мысль отстаивалась, в частности, нами при обсуждении вопроса о пересмотре нынешнего УПК. Предпосылками к допущению защиты в стадии следственного производства должны были, однако, явиться два предварительных условия: 1) соответственный политический и классовый подбор защитников, который бы гарантировал, что в стадии предварительного следствия нынешняя защита, по своему существу буржуазная, далекая от суда и, как правило, выступающая только в крупных процессах в защиту нэпманов, будет ставить перед собой в стадии предварительного следствия ту же задачу, которую ставят себе следователь и проку-

рор, т. е. установление материальной истины, и 2) допущение к постановке на разрешение судебного следствия лишь тех вопросов, по которым не была достигнута договоренность в процессе предварительного следствия между следователем и защитником, или защитником и прокурором.

Лишь при наличии этих двух условий ставился нами вопрос о возможности допущения защиты в стадии предварительного следствия. В силу чрезвычайной, однако, утопичности этих требований по отношению к нынешней защите от этой идеи пришлось отказаться, и защита и в будущем УПК также не будет допущена в стадии предварительного следствия.

Так решает наш процесс вопрос о построении следственного производства. Можно еще раз пожалеть о том, что основной союзный закон не дал в этом отношении никаких руководящих указаний, предоставив республиканским законодательствам полную свободу творчества без каких бы то ни было директив.

Мы можем теперь подвести итоги.

В противоположность основному закону о судоустройстве, основной закон о судопроизводстве отличается чрезвычайной общностью своих формулировок, оставляя целый ряд вопросов неразрешенным. Таков наш первый вывод.

Основной закон о судопроизводстве, наоборот, чрезмерно детализирует отдельные, сравнительно мало существенные стороны процесса, как, напр., вопрос о лишении свободы в порядке меры пресечения, об обязанностях органов дознания и т. д. Таков второй вывод.

Наш основной закон *вовсе не предписывает строить наш процесс согласно точным нормам состязательного процесса.* Таков наш третий вывод. Наоборот, он, как правило, в ст. 18 устанавливает тезис, далеко не проводимый нами на практике, *об обязательном участии во всяком процессе прокурорского надзора.*

Наш основной закон ничего не говорит затем о следственном производстве и его строении.

В области кассационного производства он ограничивается формальным запрещением, в ст. 25, рассмотрения дела по существу во второй инстанции, устанавливая для кассационного надзора лишь формальные основания (в ст. 26); вместе с тем, однако, он дает право законодательству республик устанавливать и иные формы кассационного обжалования.

Все это вместе заставляет нас сделать вывод, что *в пределах и рамкахны нешнего основного закона есть полная возможность ныне,*

освободившись окончательно от плена либерально-буржуазных идей, в котором мы находились еще в 1922 г., когда писали первый УПК, *перестроить наш процесс заново, на основе удовлетворения основных требований*, которые ставят наша нынешняя действительность и интересы коммунистического строительства,— построить его *как процесс гибкий, простой, доступный* и в то же время *процесс, в котором была бы обеспечена превалирующая роль государственного обвинения* как органа, стоящего, однако, на страже охраны общественного порядка, *с сохранением основных гарантий для привлеченных к делу и предоставлением им необходимой возможности опровержения вменяемых им в вину обстоятельств.*

Мы полагаем, что рамки, устанавливаемые здесь союзным законом для этого творчества, настолько широки, что, несмотря на все традиционные воззрения, до сих пор тяготеющие еще, в известной степени, над нашим сознанием, новый УПК РСФСР будет построен именно на этих основаниях и, с этой точки зрения, представит из себя крупнейший шаг вперед по сравнению со всем тем, что было до сих пор, освободивши и судей и суд от той казуистичности и формалистики, которыми до сих пор страдал советский процесс, в частности УПК РСФСР.

ОГЛАВЛЕНИЕ.

